He. jur.
2
14

R. B.

DIE QUELLEN

DER

BAMBERGENSIS.

DIE QUELLEN

DER

BAMBERGENSIS.

EIN BEITRAG

ZUR

GESCHICHTE DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS

VON

DR. E. BRUNNENMEISTER,

PRIVATDOCENTEN DER RECHTE IN BASEL.

LEIPZIG,

VERLAG VON WILHELM ENGELMANN.

1879.

BIBLIOTHECA BAMBERGENSIS
Staatliche Bibliothek Bamberg

Das Uebersetzungsrecht vorbehalten.

MEINEM

VÄTERLICHEN FREUNDE UND LEHRER

JAKOB ETTER,

VORMALIGEM PRÄSIDENTEN DES THURGAUISCHEN BEZIRKSGERICHTS KREUZLINGEN,

IN TIEFSTER DANKBARKEIT

GEWIDMET.

Vorrede.

Vorliegende Arbeit möchte eine bescheidene Ergänzung zu den an Resultaten so reichen Forschungen bilden, die Karl Güterbock in seinem bekannten Buche »die Entstehungsgeschichte der Carolina« (Würzburg 1876) niedergelegt hat. Dieselbe wurde für das criminalistische Seminar der Herren Binding und Wach in Leipzig ausgearbeitet und denselben schon ungefähr zu derselben Zeit übergeben, als das Buch Güterbocks erschien. Hierauf wurde sie der Leipziger Juristenfacultät als Doktordissertation vorgelegt. Als ich sie nach Verfluss einer geraumen Zeit wieder in die Hand bekam, überzeugte ich mich, durch dazwischenliegende Studien bedeutend gefördert, alsbald von der Nothwendigkeit einer Ueberarbeitung. Leider hat sich deren Vollendung zum grössten Theil durch meine eigene Schuld ganz ungebührlich lange hinaus gezogen.

In ihrer jetzigen Gestalt bestätigt die Arbeit ein Wort des jüngst verstorbenen Osenbrüggen[1]:

> »Die Forschung nach den für die C. C. B. sicherlich oder wahrscheinlich benutzten Quellen müsste sehr in das Detail eingehen und würde eine umfangreiche Abhandlung ergeben«.

Umfangreich ist sie besonders desshalb geworden, weil ich es mir fortwährend angelegen sein liess, die Resultate meiner Quellenuntersuchung für die Interpretation der C. C. B. und der C. C. C. praktisch zu verwerthen. Wieviel ich da Neues und Richtiges zu Tage gefördert habe, darüber mag das Urtheil der Sachverständigen verschieden ausfallen, das Verfahren selbst, glaube ich, wird Niemand tadeln.

Neue bedeutende Quellen der C. C. B. aufzufinden ist mir nicht gelungen, sodass meine Arbeit vorwiegend den Charakter einer Revision der vielbesprochenen Frage nach den Quellen der C. C. B. an sich trägt; um indessen auch in dieser Richtung Nichts unversucht zu lassen, unternahm ich bereits im Sommer vorigen Jahres eine Reise in die fränkischen Archive. Das Resultat derselben war nicht gross, doch blieb die Mühseligkeit des Suchens nicht ganz ohne Seligkeit. Es wurden besucht

1) In der Allgem. Oesterreich. Gerichts-Zeitung. Jahrg. 1857 n. 91. S. 368.

1) das kgl. Kreisarchiv zu Bamberg. Mein Besuch galt an dieser »abgesuchten« Archivstelle den Hofgerichtsprotokollen, auf die Seitz (Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2. S. 435 ff.) bereits im Jahre 1863 die Aufmerksamkeit gelenkt, und von denen sich auch Stobbe (Rechtsquellen I, 2. S. 244 Note 31) für die Beurtheilung des Verhältnisses der C. C. B. zum Bamberger Rechte Bedeutendes versprochen hat. Grossen Gewinn habe ich indessen aus ihnen nicht zu ziehen vermocht. Das Nähere s. unten S. 35 ff.

2) Das Stadtarchiv von Nürnberg ohne jegliches Resultat.

3) Die Stadtbibliothek von Nürnberg. Ich verwandte hier einige Zeit auf die Durchsicht einer Anzahl fränkischer Chroniken. Das Nähere s. unten S. 6 Anm. 3.

4) Das kgl. Kreisarchiv zu Nürnberg. Ich sah da die von Gengler (Stadtrechte S. 325 sub n. 5) angeführten Statutensammlungen [1]) durch, in der Hoffnung aus ihnen einigen Aufschluss über das vielbesprochene Verhältniss des Nürnberger Rechtes zur C. C. B. zu bekommen, indessen ohne Erfolg [2]). In mancher Beziehung fördernd war dagegen die Einsicht der in diesem Archive aufbewahrten nürnbergischen Malefizbücher. S. unten S. 65 Anm. 2. Auch Schnizzers Chronik von Neustadt a. d. Aysch konnte an dieser Stelle benutzt werden. S. unten S. 7.

5) Das Archiv des germanischen Museums in Nürnberg. Dasselbe enthält zugleich das Archiv der ehemaligen Reichsstadt Windsheim [3]), zu der Schwarzenberg bekanntlich mehrfache Beziehungen hatte. Ich fand hier zwei Briefe Schwarzenbergs an den Markgrafen Friedrich von Brandenburg aus den Jahren 1508 und 1511, sodann eine aus 14 Briefen bestehende Correspondenz Schwarzenbergs mit Windsheim aus den Jahren 1502—23. Aus derselben hebe ich hervor

a) ein Schreiben vom 22. Oktober 1502. Schwarzenberg bittet den Rath von Windsheim um eine Schrift, in der die Kaiser-

1) Vorhanden sind jetzt nur noch Cod. A (Repert. n. 228), Cod. B (Repert. 229. Fragm.), Cod. C (Repert. n. 314) und Cod. D (Repert. n. 318). Der Cod. E befindet sich in verstümmelter Gestalt auf dem germanischen Museum.

2) Ein mir bei dieser Gelegenheit vorgelegtes Manuscript (Repert. n. 456), betitelt »Ordnungen der Stadt Nürnberg aus der Mitte des 15. Jahrh.« stellte sich als eine Handschrift des Schwabenspiegels heraus. Es wurde hierüber an Rockinger berichtet.

3) Was von diesem Archiv noch in Windsheim zurückgeblieben ist, ist nach Mittheilungen von competenter Seite ohne Bedeutung. Ich ging desshalb nicht nach Windsheim, ebenso nicht nach Schweinfurt, dessen Stadtarchiv, wie mir Herr Advokat Stein mittheilte, gar nicht in die Zeit Schwarzenbergs zurückreicht.

liche Majestät gebeten werde, ihn (Schwarzenberg) als Oberrichter von Windsheim zu bestätigen. Schwarzenberg ist wohl noch im selben Jahre bestätigt worden und hat das Oberrichteramt bis zum Jahre 1527 bekleidet, in welchem Jahre es ihm von Windsheim aufgesagt wurde. S. unten S. 6 Anm. 3.

b) ein Schreiben vom 31. Mai 1521. Ueber dessen Inhalt und Bedeutung s. unten S. 54 Anm. 4.

6) Das Stadtarchiv zu Rothenburg a. d. T. Dieses in seinem Bestande geschwächte, aber immer noch bedeutende Archiv sollte nach mir gemachten Mittheilungen eine stattliche Serie von Reichstagsakten enthalten; leicht konnte in derselben die Handschrift des einen oder anderen Projekts der Carolina verborgen sein. Leider vermochte ich die umfangreichen Archivalien nicht mehr ausfindig zu machen; sie waren angeblich als Makulatur verkauft (!). Als schwacher Ersatz für diesen entgangenen Gewinn fand sich ein Fascikel vor, der eine Correspondenz Schwarzenbergs mit Rothenburg aus dem Jahre 1522 enthielt[1]. Gegenstand derselben war ein gewisser Fenn, der auf Grund eines von einem westfälischen Fehmgerichte erlassenen Urtheils weitgehende Ansprüche gegen die Stadt Rothenburg erhoben hatte. Da sich Fenn auf Schwarzenbergs Gütern aufhielt, so richteten die Rothenburger an den letzteren die Bitte, denselben, wenn nöthig, mit Anwendung von Gewalt zur Aufgabe seiner Ansprüche zu bewegen. Schwarzenberg lehnte dies ab unter der Darlegung, dass ihm dazu jedes Recht fehle. Ein neuer Strich zum Lebensbilde Schwarzenbergs!

7) Das kgl. Kreisarchiv zu Würzburg, ohne Resultat[2]; doch wurde ich da auf die Schriften von Lorenz Fries, einem berühmten Zeitgenossen von Schwarzenberg, und auf die hierauf bezüglichen Publikationen Rockingers[3] aufmerksam, aus deren Studium ich erheblichen Gewinn zog.

8) Die Sammlung von Archivalien auf Schloss Miltenberg in Bayern, welche Götze in Löher's archivalischer Zeit-

1) Ich wurde in dankenswerther Weise auf denselben aufmerksam gemacht durch Herrn S. Haenle, kgl. Advokaten in Ansbach, den besten Kenner des Rothenburger Archivs.

2) Bereits vor meinem Besuche angestellte Recherchen, die sich auf Schwarzenbergs Amtsthätigkeit in Zabelstein bezogen, waren ebenfalls resultatlos geblieben.

3) In den Abhandlungen der bayerischen Akademie zu München Histor. Cl. Bd. XI. Abth. 3. 1871 und in den Sitzungsberichten der bayerischen Akademie philos.-philol. und histor. Classe Bd. II. 1872. S. 140 ff.

schrift Bd. 2 1877 S. 146 ff. beschrieben hat[1]. Meine Aufmerksamkeit richtete sich da vor Allem auf ein Manuscript, das von Götze (a. a. O. S. 171 n. 8) mit »Jura Bambergensia Ms. saec. XIV/XV.« bezeichnet worden war. Dasselbe ist ein etwa 1″ starker, nichtfoliirter Quartband bestehend aus 146 Papierblättern und zerfällt in vier Theile. Der erste Theil besteht aus drei[2] Büchern, von denen das erste das Bamberger Stadtrecht etwa in der Redaktion der von Zöpfl benutzten Codices L. N. und S. enthält[3]. Den Inhalt des zweiten Theils bilden die Landfrieden von Kaiser Friedrich II. von 1235, Rudolph I. von 1281 und Albrecht I. von 1298, den dritten Theil bildet der Landfriedensbrief Ludwig des Bayern von 1323, den vierten die Goldene Bulle nebst einem Register. Ein Anhang endlich umfasst eine von Bischof Georg von Bamberg erlassene Verordnung Hochzeiten und Kindtaufen betreffend und die Kammergerichtsordnung Friedrichs III., beide aus dem Jahre 1471[4].

Manche Dankesschuld habe ich abzuzahlen für die freundliche Unterstützung und nachsichtige Theilnahme, die mir bei der Abfassung dieser Schrift geschenkt worden ist, die grösste an meinen verehrten Lehrer, Herrn Professor Karl Binding in Leipzig, der mir in einem ausführlichen, an trefflichen Ideen reichen Referate den bei der Umarbeitung zu verfolgenden Weg vorgezeichnet und so der Arbeit recht eigentlich ihre jetzige Gestalt gegeben hat. Dankbar gedenke ich ferner der zahlreichen nützlichen Fingerzeige, die mir von den Herren Wach in Leipzig, Frensdorff in Göttingen und Gengler in Erlangen gegeben worden sind. Endlich möchte ich die Uneigennützigkeit, mit der die Verlagshandlung die Publikation des Buches übernommen hat, und die Bereitwilligkeit, mit der sie meinen zahlreichen Wünschen entgegengekommen ist, rühmend hervorheben.

Basel am Jakobitage 1879.

Dr. E. Brunnenmeister.

1) Ihre Benutzung ist mir durch den nunmehrigen Eigenthümer, Herrn Kreisrichter a. D. Conrady, in der liebenswürdigsten Weise gestattet worden.

2) Welche Quelle das 2. und 3. Buch enthält, habe ich aus Mangel an Zeit nicht feststellen können.

3) Somit wären jetzt 8 Handschriften des Bamberger Stadtrechts bekannt. S. Gengler, Codex juris municipalis S. 122 (unten).

4) Neben dem beschriebenen Manuscript sah ich noch ein anderes ein, das Götze (a. a. O. S. 171 n. 9) mit »Centgerichtsordnung im Bisth. Würzburg Ms. fol. saec. XVI.« bezeichnet hat. Es ist dies, wie ich bestimmt glaube, eine Handschrift von Lorenz Fries, die desshalb werthvoll ist, weil sie die von Rockinger (S. die citirten Sitzungsberichte S. 156 Abs. 2) erwähnte Einleitung vollständig enthält.

INHALT.

Einleitung.

Seite
§ 1. Johann von Schwarzenberg und sein Verhältniss zur Bambergensis. 1
§ 2. Die Quellen selbst. 12

Erster Theil.

Die Gesetzgebung.

Erster Abschnitt.

Das Recht des Bisthums Bamberg.

§ 3. 1) Das Stadtrecht von Bamberg 17
§ 4. 2) Die Reformation des Domdechaneigerichts von 1463 und die Erklärung derselben von 1488 32
§ 5. 3) Die Reformation des Hofgerichts von 1497 und die Hofgerichtsprotokolle . 34
§ 6. 4) Die Reformation des Landgerichts von 1503 40

Zweiter Abschnitt.

Die Gesetzgebung ausserhalb des Bisthums Bamberg.

§ 7. 1) Die Reichsgesetzgebung 49
§ 8. 2) Das Nürnberger Recht . 59
§ 9. 3) Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell . 75
§ 10. 4) Die Wormser Reformation von 1498 102
§ 11. 5) Das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing. 136

Zweiter Theil.

Die Wissenschaft.

Erster Abschnitt.

Die populäre Literatur des römisch-canonischen Rechts.

§ 12. 1) Der Klagspiegel . 142
§ 13. 2) Ulrich Tenngler's Layenspiegel 204

Zweiter Abschnitt.

Die Werke der italienischen Juristen.

Seite

§ 14. 1) Einleitung . 206

§ 15. 2) Die italienischen Juristen als Quelle des processualen Theiles der Bambergensis . 213

§ 16. 3) Die italienischen Juristen als Quelle des strafrechtlichen Theiles der Bambergensis . 239

§ 17. **Schlussbetrachtungen** . 288

Anhang.

Quellenregister . 293

Bemerkte Druckfehler.

S. 22 Z. 5 l. statt C. C. B., C. C. C.

S. 23 Z. 14 l. statt des Stadtrechts, des Strafrechts.

S. 32 l. in der Ueberschrift statt desselben, derselben.

S. 48 Z. 8 von unten l. statt 132, 82.

Einleitung.

§ 1. Johann von Schwarzenberg und sein Verhältniss zur Bambergensis.

»*Item so teglich wider Fürsten, Reichsstet vnd ander oberkeit* »*in klagweis in einem gericht anbracht wird, das sy leute unverschul-* »*det an Recht vnd redlich Ursach zum tode verurteilen vnd richten* »*lassen haben sollen vnd durch die Fründt rechts wider dieselben be-* »*gert, alsdann in eyner supplication hibey gelegt sich auch begeben hat,* »*ist bescheids not, wie es in demselben am Cammergericht gehalten* »*werden sol*«.

Dies waren die Worte [1]), mit denen das Kammergericht im Jahre 1496, also unmittelbar nach seiner Errichtung, die damals in Lindau tagende Reichsversammlung von den fast täglich und aus allen Theilen des Reichs einlaufenden Klagen über die Ungerechtigkeit und Willkür der deutschen Strafgerichte in Kenntniss setzte. Diese Beschwerden waren allerdings nur zu sehr berechtigt, sie waren die unausbleiblichen Folgen der grenzenlosen Auflösung und Zerrüttung, in der sich die Strafrechtspflege am Ende des 15. Jahrhunderts befand. Die Gründe, die diesen ganz unhaltbaren Zustand herbeigeführt hatten, sind bekannt. Sie liegen zum Theile ganz allgemein in dem Charakter jener Zeit, welche für das gesammte deutsche Rechtsleben als die schwerste Uebergangsperiode bezeichnet werden muss. Die mittelalterlichen Rechtsformen und Rechtsgrundsätze zeigten sich im Strafrecht wie im Strafverfahren zum grössten Theil als ausgelebt und für die vielfach umgestalteten Verhältnisse des Volkslebens als nicht mehr anwendbar, aber noch waren keine neuen durch die Gesetzgebung aufgestellt oder durch die Wissenschaft zu allgemeiner Geltung gebracht.

1) Müllers, Reichstheatrum II, 78. 446.

Daher denn ein unsicheres Hin- und Herschwanken zwischen alten und neuen Principien, das durch das Eindringen des fremden Rechts in die völligste Rathlosigkeit und Verwirrung ausartete. Sie sind ferner zu suchen in dem gänzlichen Mangel oder doch in der Unzulänglichkeit geschriebener Normen und demgemäss in der Ungewissheit dessen, was gestraft werden sollte, sodann in der Ungleichheit der in den einzelnen Territorien geltenden Strafensysteme, die bald eine auffallende Milde, bald eine drakonische Härte an sich tragen, endlich in einer unbrauchbaren, ja unwürdigen Besetzung der Strafgerichte. Rechnet man hierzu noch ein ganzes Heer gewichtiger Mängel, hervorgegangen aus dem damaligen Zustande des deutschen Reiches, Mängel also politischer Natur, so ein in vollster Blüthe stehendes Fehdewesen, eine unglaubliche Viel- und Kleinstaterei, die eine starke Polizeigewalt nicht aufkommen liess, zahlreiche durch unzählige Schollenjurisdiktionen hervorgerufene Collisionen, Streitigkeiten über den Umfang der hohen und niedern, der weltlichen und kirchlichen Gerichtsbarkeit, die Verwirrung der Gerichtsstände, den grossen Missbrauch der Asyle und die Ausschreitungen der entarteten und doch noch so mächtigen Fehme, so haben wir das Bild eines Zustandes, dessen Unerträglichkeit wir heute nur mit Mühe nachzufühlen vermögen.

Aber war die Unordnung eine allgemeine, so war es auch das Bestreben, ihr ein Ziel zu setzen; eben jene Worte des Reichskammergerichts, der erste Nothschrei des deutschen Volkes, der durch den Mund der obersten Justizbeamten an Kaiser und Reichstag gelangte, sie gaben zugleich auch den ersten Anstoss zu einer ernsthaften Verbesserung der strafrechtlichen Zustände, denn gleich auf dem folgenden Reichstag in Freiburg 1497—98 sprach ein Ausschuss, dem die Beschwerdepunkte des Reichskammergerichts zur Berathung überwiesen waren, als Antwort auf dieselben die folgenwichtigen Worte aus: es werde Noth sein, »deshalb ein gemein reformation vnd ordnung in dem Reiche vorzunemen wie man in criminalibus procedirn soll«. Dieses Gutachten, das in der ganz richtigen Einsicht abgegeben wurde, dass sich die Anfrage des Kammergerichts nicht durch eine blosse Instruktion abmachen lasse, sondern weitergehende Maassregeln erfordere, erhielt auch die Billigung der Reichsversammlung. — So im Jahr 1497/98! Vier und dreissig Jahre mussten vergehen, ehe das Ziel, das auf dem Freiburger Reichstage gesteckt worden war, und vor dessen Erreichung sich eine nennenswerthe Hebung der Strafrechtspflege nicht hoffen liess, wirklich erreicht wurde. Was das Reich während eines vollen Menschenalters vergebens erstrebte, erhielt das

kleine Fürstenthum Bamberg wenige Jahre nach dem Reichstag zu Freiburg aus der Hand eines einzigen Mannes. Dieser Mann war Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg [1]), (geb. den 12. December 1463 [2]), gest. den 11. October 1528) unter den grossen Persönlichkeiten des Reformationszeitalters eine der bedeutendsten und vielseitigsten: im Kampfe ein ritterlicher Held, wie sein Kaiser Max I., dessen treuer Begleiter er war, als Statsmann in bambergischen und fränkisch-brandenburgischen Diensten durch seine grosse Geschäftsgewandtheit und Arbeitskraft hochgeschätzt, im Reichsregiment das einflussreichste Mitglied und als solches zugleich voll warmer Hingebung und von tiefem Verständnisse für die anbrechende Reformation, in seiner literarischen Thätigkeit bestrebt, den sittlichen Zustand des deutschen Volkes zu bessern und Tugend mit Bildung Hand in Hand gehen zu lassen — in allen Lagen des Lebens nach den Worten eines Zeitgenossen (des Vorredners zu den Offizien) »ein Liebhaber des Rechts und Förderer des Friedens«. —

Doch die Thätigkeit Schwarzenbergs, die die Geschichte als epochemachend verzeichnet hat, haben wir noch nicht genannt. Was er als Krieger geleistet, sagt Osenbrüggen sehr schön, gab ihm Ruhm bei seinen Zeitgenossen, aber sein Jahrhundert war reich an solchen ritterlichen Gestalten und die Erinnerung an ihn würde nicht weit über seine Zeit hinausgedauert haben, wenn nur sein Kriegsruhm ihn ausgezeichnet hätte, wie sein Schwert und sein Helm im Waffensaale seines Geschlechts, so wäre sein Name in der Stammtafel einer erlauchten Familie aufbewahrt worden, die Annalen der vaterländischen Geschichte würden seiner keine Erwähnung thun; was er als Schrift-

1) Vergl. F. Malblank, Geschichte der P. G.-O. Nürnbg. 1783, S. 112 ff.; Ranke, Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation. Bd. II. S. 54 ff.; E. Herrmann, Johann Freiherr zu Schwarzenberg Leipzig 1841 und die dort angeführte Literatur; Osenbrüggen in der Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1857 n. 89—91. — vergl. auch Geib, Lehrbuch 1861 §. 45, S. 254, ferner den zusammenfassenden Aufsatz des fürstl. Schwarzenb. Archivars A. Berger in der Oesterreich. Revue IV. Jahrg. 1866 Heft 11, S. 32 ff. — L. Weissel, Hans Freiherr von Schwarzenb. Grünberg i. Sch. 1878 (ein Vortrag, ohne neue Resultate). — Der historische Roman hat sich bereits Schwarzenbergs Figur bemächtigt, vergl. Gutzkow's »Unterhaltungen am häuslichen Herde« Jahrg. 1858 »der Junker von Schwarzenberg«. —

2) Die Angaben über die Geburt variiren zwischen 1462, 63, 64. — Das angegebene Datum stützt sich auf das am Schluss des »Teutsch Cicero« befindliche Epitaph. — Dasselbe stammt aus der poetischen Feder von Schwarzenbergs Sohn, Paul, und bildet den Schluss der von diesem hinterlassenen Epigrammata (Epigrammata D. Pauli Suuartzenberg, eminent. Landspergii dominii canonicis regulis pie adstricti aedita Augustae Vindel. MDXXXVIII 4⁰).

steller gethan für die sittliche Bildung des deutschen Volkes, würde ihm nicht den Dank der kommenden Jahrhunderte gesichert haben; sein kräftiges Auftreten für die beginnende reformatorische Bewegung und seine einflussreiche Stellung im Reichsregiment hat erst durch Ranke und Herrmann gleichsam wieder neu entdeckt werden müssen — der Ruhm seines Namens knüpft sich an eine andere Leistung, an ein Werk, dessen hohe Bedeutung immer deutlicher hervortritt, einen je tiefern Einblick man in die damalige Lage der deutschen Strafrechtspflege und in den Stand der vorhergehenden und gleichzeitigen Gesetzgebung gewinnt — an die Bambergische Halsgerichtsordnung von 1507 (C. C. B.), die sogenannte Mater Carolinae (C. C. C.). —

Ein Blick in die Werke von Malblank, Ranke, Herrmann zeigt, dass es uns nicht an Nachrichten über das vielbewegte und thatenreiche Leben Schwarzenbergs fehlt, aber sie genügen lange nicht, um uns über Alles, was uns von dem grossen Manne zu wissen nöthig wäre, Aufschluss zu geben und gerade der Theil seiner geistigen Thätigkeit, der den Juristen am meisten anziehen muss, ist, wir dürfen wohl sagen, in vollständiges Dunkel gehüllt: »wir kennen Schwarzenberg's Werk, möchten aber gerne in die Werkstatt, aus der es hervorgegangen, hineinsehen und das Entstehen der epochemachenden Arbeit in ihren Einzelheiten verfolgen können«[1]. Leider ist uns dies nur in ganz spärlichem Maasse vergönnt. — Dies ist der Grund, warum über Schwarzenbergs Verhältniss zur C. C. B. von jeher die verschiedensten Ansichten laut geworden sind. Während es in neuerer Zeit als gemeine Meinung der Juristen feststeht, dass bei der Frage nach den Quellen der C. C. B. nicht von Arbeiten Anderer gesprochen werden dürfe, in welchen Schwarzenberg die von ihm erkannte Aufgabe gelöst gefunden hätte, dass sein Verdienst nie in die zweite Linie treten könne, weil nur er die volle Erkenntniss und schöpferische Kraft gehabt habe, hat es früher nicht an solchen gefehlt, die die Autorschaft Schwarzenbergs stark bezweifelten, ja geradezu verneinten. Die Anhänger der letzteren Ansicht theilen sich selbst in zwei Lager: die einen, so Goldast[2]) und besonders Kress[3]) mit v. Leyser[4]) und Hoffmann[5]) nehmen an, Quelle der C. C. B. und C. C. C. sei ein unter Max I. verfasster Entwurf einer Halsgerichtsordnung für das Reich, stellen also der C. C. B. die Eigen-

1) Osenbrüggen a. a. O.
2) Consultatio de poenis sag. p. 132 und 136.
3) Praefatio commentationi succinct. in C. C. C. praemissa § XIII.
4) ad Pandect. spec. 53 med. 8.
5) Hoffmann, De defect. jurisp. crimin. § 19.

schaft Mutter der C. C. C. zu sein in Abrede — wir werden später Gelegenheit haben, ganz kurz auf diese jetzt völlig aufgegebene Meinung zurückzukommen.

Die andern, so Walch [1]) und Rosshirt [2]), weisen zwar die Annahme eines solchen früher verfassten Entwurfs zurück, thun aber den gelehrten Mitarbeitern Schwarzenbergs so viele Ehre an, dass für den letzteren genau betrachtet nur noch der zweifelhafte Ruhm der »auspicia« bei der ganzen Ausarbeitung oder der Redaktion des Werkes übrig bleibt.

Rosshirts Zweifel sind besonders durch folgende Punkte wachgerufen worden:

1) habe Schwarzenberg kein Latein verstanden, auch Walch legt hierauf sehr viel Gewicht.

2) sei neben den Landesgewohnheiten von Schwarzenberg sichtbar das römische Recht zu Grunde gelegt, zwar habe es für dasselbe auch deutsche Quellen gegeben, aber gewiss habe sie Schwarzenberg, da er doch nach seiner Manier immer Gelehrte beizog, nicht allein gebraucht.

3) bei seinen Uebersetzungen des Cicero habe seine Arbeit auch allein darin bestanden, die holprigen Uebersetzungen seines Caplans oder anderer (?) in zierliches fränkisches Hofdeutsch zu übertragen; ähnlich Walch.

4) Schwarzenberg werde überall als Rittersmann, Hofmann, Diplomat und Kenner der theologischen Streitigkeiten, nirgends aber als Jurist von Fach bezeichnet und belobt; ebenso Walch: nec fere ab eo exspectanda erat ea notitia iuris patrii aeque ac peregrini neque minus ordinis, qui isto tempore obtineret, iudiciarii quam auctor ordinationis habere debuit.

5) schliesslich werde in der Vorrede zu den Offizien des Cicero das Werk dem Rathe der Gelehrten und anderer Verständigen zugeschrieben.

Zur Beseitigung dieser Zweifel haben wir vor Allem daran festzuhalten, dass die C. C. B. durch ein sehr bestimmtes, unverwerfliches Zeugniss eines Zeitgenossen auf Schwarzenberg zurückgeführt wird. Der Vorredner zu den Offizien berichtet 1531 von Schwarzenbergs sonstigen Arbeiten und fährt dann fort mit den Worten:

1) Indroductio zu s. Glossar. interp. C. C. C. inserv. S. 32, Note m.

2) Archiv des C.-R. Bd. IX. S. 234 ff. und Lehrburch des Criminalrechts 1821 § 4, Note 2; anders in seinen Beiträgen zum röm. Recht S. 112; das dort angeführte Argument für die Autorschaft Schwarzenbergs wird sich indessen Niemand aneignen wollen, der weiss, dass die Brandenburg. H.-G.-O. 1516 verfasst ist, Schwarzenberg aber erst 1524 in brandenburgische Dienste trat.

»vnd die Bambergisch halssgerichtsordnung zu der zeit seins Hofmaysterampts daselbst nach rat der gelerten vnd ander verstendigen zusamengebracht, das alles mit figuren vnd teutschen reymen zu guttem bericht malen vnd schreiben lassen« [1]).

Die Vorrede zu den Offizien ist die einzige gleichzeitige Quelle, die von der C. C. B. und ihrem Verhältnisse zu Schwarzenberg spricht. Sie sowie die im «Teutsch Cicero« befindlichen Vorreden enthalten überhaupt beinahe sämmtliche biographische Nachrichten, die wir über den bambergischen Reformator besitzen und auf sie gehen augenscheinlich direkt oder indirekt alle späteren Ueberlieferungen zurück [2]). Was uns ausser ihnen an Berichten und Notizen über Schwarzenberg, sei es von Zeitgenossen, oder unmittelbar nach ihm lebenden Männern überkommen und bekannt geworden ist [3]), bezieht sich lediglich auf seine Thätigkeit als Beamter, seine Theilnahme an der reformatorischen Bewegung und am Bauernkriege und sein schriftstellerisches Wirken; seine gesetzgeberische Grossthat bleibt unerwähnt, vielleicht, weil sie etwas

1) Nicht unerwähnt darf bleiben, dass die im Namen des Bischofs Georg der Halsgerichtsordnung vorangeschickte Vorrede mit den Worten schliesst: »Wir haben auch in dieser vnser ordnung vmb eigentlicher merckung und beheltnus willen des gemeinen mans, figur vnd reumen (nach gelegenheit der gesecz so darnach folgen) orden vnd drucken lassen«. Es ist also hier dieselbe Ausstattung und Verzierung, welche Schwarzenberg in seinen Schriften liebte. Vergl. Osenbrüggen a. a. O.

2) Vergl. Pistorius, Beschreibung des fränkischen Kreises S. 118. Cyr. Spangenberg, hist. Adelsspiegel. Th. II, S. 56, — Burg- und Markgräflich Brandenburg. Kriegshistorie der löbl. Fürstenth. Culmbach und Ansbach beschrieb. von J. M. Grossen 1748, S. 144, Note »er soll auch die Bambergische Halsgerichtsordnung haben verfertigen helfen«. —

3) Manche interessante Nachricht über unsern Mann liegt wohl noch in den handschriftlichen Schätzen der fränkischen Archive verborgen. Dankbar wäre sicherlich die Durchsicht der zahlreichen Chroniken. Eine auf der nürnberger Stadtbibliothek befindliche Windsheimer Chronik, bis 1666 reichend (M. S. n. 473), berichtet auf bl. 48 b., dass die kaiserliche Pflege des Oberrichteramtes zu Windsheim, die die Herren von Schwarzenberg lange Zeit innegehabt hätten, Hans von Schwarzenberg 1527 aufgesagt worden — auf bl. 57 b., wie Schwarzenberg mit den Hauptleuten der aufständischen Bauern einen Waffenstillstand geschlossen, der aber von den Markgrafen nicht respectirt worden sei — auf bl. 58 b: »Hannss von Schwarzenberg machte sich mit den zweien Haubtleuten auff und wolte zum grossen Hauffen ziehen und da er gehn Ochsenfurt kam, ward er gefangen und musst hernach in einer Thaidigung stehen«.

Wenig berichtet das am gleichen Ort befindliche Chronicon Franconiae v. M. A. Pastorius Bürgerm. zu Windsheim v. 1674. M. S. auf bl. 48 b. —

Man vergl. auch eine Urkunde aus d. Jahr 1522, abgedruckt bei Raumer, Codex diplomat. Brandenburg. Bd. 2, 1833 S. 262.

zu wenig Augenfälliges war, vielleicht auch, weil es an einem wahren Verständnisse für ihre Bedeutung fehlte.

Für Schwarzenbergs Autorschaft an der C. C. B. pflegt als direktes Zeugniss noch angeführt zu werden die nur im Manuscript existirende Chronik Schnizzers von Neustadt an der Aysch[1]), die mit Berufung auf eine Brandenburgische Chronik[2]) ziemlich weitläufig über Schwarzenberg berichtet und unter Anderem auch die Bemerkung fallen lässt: »Hat auch die Bambergische H.-G.-O. verfertigt«. Allein ganz abgesehen davon, dass Schnizzer erst im Anfang des 18. Jahrhunderts schrieb und dass er es mit der Wahrheit nicht immer sehr genau nimmt[3]), stimmt Alles, was sich in seiner Chronik über Schwarzenberg findet, fast buchstäblich überein mit dem in der Vorrede zu den Offizien Erzählten und geht wenn auch indirekt auf sie als die alleinige Quelle zurück, so dass jene Angabe nicht als neues Zeugniss betrachtet werden kann.

Welche Bewandtniss es indessen mit dem Bericht von Schnizzers Chronik haben mag, soviel steht nach dem klaren und deutlichen Zeugniss eines Zeitgenossen fest: Schwarzenberg hat die C. C. B. zusammengebracht, allerdings nach Rath der Gelehrten und anderer Verständigen.

Wäre wirklich der Antheil der letzteren an der Abfassung des Werkes so gross, dass für Schwarzenberg die bescheidene Rolle eines Redaktors übrig bliebe, der wie die holprigen und ungefügen Uebersetzungen, so hier die geistigen Resultate Anderer in eine zierliche und geschmackvolle Form bringt und dieselbe »zum gemeinen Nutz und bessern Verstentnus« mit leichtfasslichen Bildern und Reimen versieht, so hätte der Vorredner zu den Offizien sich unmöglich so ausdrücken können, dann hätte er sicherlich diese Personen wenn nicht genannt, so doch als die geistigen Urheber des ganzen Werks hervorgehoben, ganz so, wie dies bei den Uebersetzungen des Cicero durchweg geschehen ist. Aber wie fern es unserem Schwarzenberg gewesen, bei diesen sich als gelehrten

1) Ich habe dieselbe auf dem nürnberger Kreisarchive selbst eingesehen. Ihr vollständiger Titel lautet: Math. Sal. Schnizzer's Archidiacon u. ven. Cap. Seniore Chronica der Stadt Neustatt an der Aysch, 2 Theile (in 2 grossen Folianten) 1708. Der Bericht über Schwarzenberg findet sich Th. I, S. 623.

2) Ich kann nicht angeben, was für ein Werk damit gemeint ist.

3) Obgleich es z. B. auf dem Titel der Uebersetzung der Offizien heisst: »auf begeren Herrn Johannsen von Schwarzenbergs verteutscht vnd volgents durch Ine in zyerliches Hochteutsch gebracht mit viel Figuren vnd teutschen Reymen. gemeynem Nutz zuguth in Druck gegeben«, berichtet Schnizzer ganz ungenau, Schwarzenberg habe das ganze Werk in Reime gebracht.

Uebersetzer lateinischer Schriften zu brüsten, das zeigen doch genugsam die Titel derselben [1]. Was für ein Grund liegt vor, bei der C. C. B. anzunehmen, was bei den literarischen Arbeiten desselben Mannes unbedingt zurückgewiesen werden muss?

Gibt es eine niedrigere Auffassung von Schwarzenbergs Charakter, dessen Grundzüge Offenheit und Bescheidenheit sind, als die, in ihm einen geistigen Parasiten zu vermuthen?

Schwarzenberg sei wohl ein gewandter Hofmann, Geschäftsmann, Diplomat, aber kein Jurist von Fach gewesen, sagt man! Allerdings hatte Schwarzenberg nicht studirt: er hatte weder eine deutsche Hochschule besucht, noch sich aus Italien den Nimbus transalpiner Gelehrsamkeit geholt — er ist also kein Gelehrter im eigentlichen Sinne des Wortes, er versteht ja nicht einmal Latein, weshalb ihn auch Adlzreiter [2] verächtlich einen litterarum rudis nennt — indessen weiss ich nicht, ob wir nicht diesen Umstand als eine glückliche Fügung preisen müssen. Wer weiss, ob dem Juristen Schwarzenberg nicht die Liebe zum vaterländischen Recht und dessen würdiger Entwicklung, wie dem ganzen damaligen Stande geschwunden wäre, wer weiss, ob wir von dem Gelehrten Schwarzenberg dasselbe Werk bekommen hätten, »das, ehrwürdig wie die XII Tafeln der römischen Republik, 300 Jahre lang die Grundlage des gemeinen Strafrechts gebildet hat«, und nicht vielmehr eine mehr oder weniger gelungene Verarbeitung einzelner in jener Zeit gangbarer italienischer Juristen! Fehlt es doch in jener Periode nicht an Beispielen, dass scharfsinnige Köpfe in einer geistlosen Dialektik sich ganz verlieren und Werke zu Tage fördern, ungeniessbar, wie die ganze Methode, der sie sich nicht zu entziehen vermochten [3]. Aber was Schwarzenberg an Gelehrsamkeit abgeht, das ersetzt er durch seinen hellen und kräftigen Geist, durch eine überaus reiche, aus langjähriger Praxis geschöpfte Erfahrung. Mit welchem eisernen Fleisse dieser Mann den ihm obliegenden Pflichten als erster Justizbeamter des bamberger Bisthums (später der fränkisch-brandenburgischen Fürstenthümer) vorstand, wie er durch unermüdliche Lektüre seine in der Jugend vernachlässigte Bildung zu ergänzen suchte, berichtet uns der Vorredner zu den Offizien in ebenso naiver als drastischer Weise [4].

1) Bei Malblank Geschichte der P. G.-O. S. 134, Anm. f.

2) Annales Boici part. II, p. 244 Mon. 1662.

3) Vergl. Ul. v. Hutten in dem Dialog Praedones (Opera ed. Boecking IV, p. 381) »homines adeo crassi, ut crassitie sua corrumpant optima non nunquam ingenia, ubi conversantur«, die damaligen Juristen nämlich!

4) Malblank a. a. O. S. 123.

Erwägen wir schliesslich noch, dass Schwarzenberg vermöge seiner hohen Stellung mit den bedeutendsten Männern seiner Zeit theils bekannt, theils durch innige Freundschaft verbunden war und aus dem Verkehr mit ihnen fortwährend geistige Anregung schöpfte [1], so können wir nicht mehr daran zweifeln, dass er nach allen Seiten hin befähigt war, das rechte Organ für die im Bedürfniss des Jahrhunderts liegende Reform des peinlichen Rechts und Verfahrens zu werden; und wenn wir so Manches in seinem Werke finden, was uns fast zu hoch über ähnlichen Arbeiten seines und des kommenden Zeitalters zu stehen scheint, so vergessen wir nie, was schon oben angedeutet wurde, dass wir es, — sind anders die Schilderungen eines Malblank, Ranke, Herrmann u. A. zutreffend, mit einem aussergewöhnlichen Menschen zu thun haben, an dessen Fähigkeiten nicht der Maasstab eines bonus pater familias gelegt werden darf, einem Menschen, der sich, wie der letzte der ebengenannten Schriftsteller sagte, als ein mächtiges Rüstzeug Gottes erwiesen hat [2].

Man lege, um das Räthsel zu lösen, doch nicht zuviel Gewicht auf das Studium des Alterthums, das Schwarzenberg wohl in seinen Mussestunden mit Vorliebe betrieb. Die Alten haben seine e t h i s c h e Seite zur Vollendung gebracht: diese Wirkung auch bei andern Menschen hervorzurufen, ist der alleinige Zweck seiner Uebersetzungen, ja ich will zugeben, dass diese letzteren nicht wenig dazu beigetragen haben, ihm jene Formgewandtheit zu geben, die Savigny mit den Worten pries: »Ich kenne aus dem 18. Jahrhundert kein deutsches Gesetz, welches in »Ernst und Kraft des Ausdrucks mit der P. G.-O. Carls V. verglichen werden könnte [3].« Seine gesetzgeberische Tüchtigkeit verdankt Schwarzenberg nicht Cicero's Schriften, sondern seiner eigenen Genialität, seiner Arbeitsamkeit und dem tiefen Verständnisse seiner Zeit, durch welches er sie selbst überragt. Wenn ich nun auch überzeugt bin, dass Schwarzenberg bei der Abfassung der C. C. B. derjenige gewesen ist, der allein die volle schöpferische Kraft und die ganze Er-

1) S. das Verzeichniss der Schwarzenberg dedicirten Schriften (besonders Pirkheimers u. Caspars von Aufsess) bei Rosshirt im N. Archiv des CRs. Bd. IX. S. 234—36., wo noch hinzuzufügen ist die von M i c h a e l E c k herausgegebene Sammlung von Aktenstücken »über die Disputation zu Leipzig«. — T h. W i d e m a n n: Dr. Johann Eck 1865 S. 515. —

2) S p a n g e n b e r g, histor. Adelsspiegel Th. 2. S. 56: »Lutherus rechnet ihn »vnter die sonderlichen Wundermänner, die Gott bissweilen in einem Lande als »den Joseph in Egypten, Naeman in Syrien, Daniel in Babel erwecket, vnd vmb »desselben willen offt auch ein gantzes Land segnet«. —

3) Vom Beruf unserer Zeit u. s. w. 1814. S. 52.

kenntniss besass, so hindert mich das keineswegs, denjenigen, die nach dem Zeugnisse des Vorredners zu den Offizien Rath und Hülfe zum Zustandekommen des Werkes beisteuerten, vollkommen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Meine Polemik richtet sich nur gegen diejenigen, die entweder die Autorschaft Schwarzenbergs ganz verneinen, oder den Mann zum blossen Redaktor herabdrücken [1]. Wie weit ich davon entfernt bin, die Verdienste dieser Rathgeber des bambergischen Reformators schmälern zu wollen, werden die folgenden Blätter zeigen, zu deren Aufgabe besonders der Beweis gehören wird, wie sehr Schwarzenberg für seine Gesetzgebung die Werke der italienischen Praktiker benutzte. Das Studium dieser Schriftsteller war, wenn wir vom Klagspiegel absehen, unserm Schwarzenberg, dem die Kenntniss der lateinischen Sprache urkundlich ganz fehlte, nur durch den Rath der Gelehrten und anderer Verständigen zugänglich. Unzweifelhaft haben ihn diese letztern mit dem Stande der italienischen Literatur bekannt gemacht und ihm, sei es in Auszügen, sei es in Uebersetzungen die Resultate derselben an die Hand gegeben [2].

Wer diese Gehülfen und Rathgeber gewesen sind, darüber sind uns zur Zeit nur Vermuthungen gestattet. Seltsames Geschick, dass in der Geschichte oft ganz unbedeutende Nachrichten erhalten werden, bedeutende verloren gehen. So kennen wir den Namen des Gerichtsschreibers, der die zum Drucke bestimmte Handschrift der Halsgerichtsordnung verfertigte, er heisst Albrecht Rodler, die Namen der Männer aber, denen wir die Ehre zuerkennen müssen, Mitarbeiter Schwarzenbergs gewesen zu sein, scheinen für immer der Vergessenheit anheim gegeben.

Will man überhaupt hierüber Vermuthungen aufstellen, so wird man vor Allem an die Mitglieder des damals schon bestehenden fürstlichen Rathscollegiums [3] zu denken haben, an dessen Spitze Schwarzen-

1) Ganz bizarr finde ich die seiner Zeit von Otto David H. Becmann (quaedam ad art. 218. C. C. C. praefatus tum praelectiones aestivas tum opera B. Fratris postuma edenda indicit) aufgestellte, auch von Malblank a. a. O. S. 193, Anm. a nicht gehörig zurückgewiesene Hypothese. — Er glaubt nämlich aus der Struktur mehrerer Stellen der P. G.-O. entnehmen zu dürfen, dass der erste Aufsatz derselben von einem Gelehrten in lateinischer Sprache gemacht worden und von Schwarzenberg — so müssen wir ergänzen, vergl. Malblank a. a. O. — in der bekannten Weise übersetzt, in zierlich deutsch gebracht und mit Reimen versehen worden sei. — Becmanns Beweisführung zeigt indessen nur, wie wenig er mit der Sprache der C. C. C. vertraut ist.

2) Das scheint mir der Vorredner zu den Offizien mit dem Worte »zusammengebracht« andeuten zu wollen; der ungenaue Schnizzer hat dasselbe mit »verfertigt« ersetzt.

3) Da das bambergische Hofgericht nach der Hofgerichtsordnung von 1497 durchgängig mit fürstlichen Räthen besetzt war, so dürfte unter den folgenden

berg in seiner Eigenschaft als Hofmeister stand. Sodann ist die Annahme Malblank's, dass die mächtige und einflussreiche Stellung Schwarzenberg mit vielen juristischen Grössen seiner Zeit, namentlich des nahen Nürnberg zusammengebracht habe, gewiss begründet. — Einem Bürger dieser damals ersten Stadt Deutschlands dürfte Schwarzenberg wohl manche gute Belehrung und mehr als einen trefflichen Wink zu verdanken haben, dem berühmten nürnberger Patrizier Bilibald Pirkheimer, mit dem er selbst durch ein inniges freundschaftliches Verhältniss verbunden war. Aber vergebens sucht man in den zahlreichen auf uns gekommenen Briefen Pirkheimers nach einer Correspondenz zwischen ihm und Schwarzenberg. Ob die Unkunde im Lateinischen, also der für die gelehrte Correspondenz damals üblichen Sprache, einen brieflichen Verkehr Schwarzenbergs mit den nürnberger Koryphäen gehemmt hat, oder ob er sich bei dem häufigen Aufenthalt in seiner Lieblingsstadt auf mündliche Consultationen beschränkte, weiss ich nicht zu sagen; das letztere scheint mir wahrscheinlicher, da Schwarzenberg doch dem ersteren Mangel durch seinen gelehrten Caplan Neuber leicht hätte abhelfen können. Dass Schwarzenberg mit Tenngler, dem Verfasser des Layenspiegels, in persönlicher Berührung gestanden, ist eine Annahme[1]), der jede historische Stütze mangelt, wenn man eine solche nicht in dem Umstande finden will, dass beide Männer solche Beziehungen suchten und pflegten, welche ihre grossen Unternehmungen für die Besserung des Rechtszustandes fördern konnten und dass die Amtsgebiete, in denen sie thätig waren, einander sehr nahe lagen. —

Personen, deren Namen ich den auf dem bamberger Kreisarchive befindlichen, von mir selbst eingesehenen Hofgerichtsprotokollen (vergl. Seitz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2, S. 435 ff.) entnehme, die eine oder die andere Schwarzenbergs Rathgeber gewesen sein:

hr. hans Truchses, thumher; doctor fridrich Schoenleben, vicar in spiritualibus; m. (=meister) jobst Trebesmuller, Fiscal u. Wolffgang Hohenecker, bede licentiate; doctor linhardt vom Eglofstein, thumher; her peter von aufsess, thumher; Karol Kesslinger, Cantzler; Johann Rudiger, doctor; heinrich Geratswol, licentiat; johann Scharff, lantschreiber; doctor lorenz Thum, chorher; her steffan Sneydenwindt, fiscal und Cantzler; her niclaus Trautenberger, licentiat; her fridrich vom Reizenstein, lantrichter; her philip von feiltsch, bede Rittere; karol von Wiesentaw, schultheis zu Bamberg; wernher von aufsess; christoffel von Tunfelt; christoffel Gross, vicedom in Kerndten; her Ruprecht Gross, conventual; mertein von Redwicz; johann Braun u. michel lorper; erasmus Zolner. —

An gelehrten Leuten fehlte es demnach in der Umgebung Schwarzenbergs nicht.

1) Vergl. Stintzing, Geschichte der populären Literatur S. 417.

§ 2. Die Quellen selbst.

Wenn wir es als einen von Niemand bezweifelten Satz hinstellen dürfen, dass die Bambergische H.-G.-O. kein dem Kopfe eines Mannes entsprungenes legislatives Experiment ist, sondern durchweg auf historischer Grundlage beruht, so können wir über die Eintheilung der verschiedenen Quellen, die Schwarzenberg benutzt hat oder wenigstens benutzt haben soll, somit über den Gang unserer Darstellung nicht zweifelhaft sein. — Jeder Gesetzgeber wird beim Ausarbeiten einer Gesetzgebung sein Augenmerk auf Dreierlei zu richten haben, einmal auf die Beibehaltung derjenigen Rechtsnormen seines Landes, die ihm von den Intentionen einer Reform nicht berührt und mit der Consequenz des angenommenen Princips leicht vereinbar scheinen, das um so mehr, wenn jene Rechtsnormen mit der Volksanschauung eng verbunden sind, — sodann auf die Verwerthung derjenigen Resultate, die ein gleiches Streben wie das seine in der Gesetzgebung anderer Länder erzielt hat, endlich auf die Verwirklichung derjenigen Forderungen, welche die Wissenschaft an ein neues Gesetzbuch stellt.

Alle drei Faktoren sind wenn auch nicht in gleichem Maasse in dem Reformwerk unseres Schwarzenbergs vertreten.

Von dem einheimischen Rechte ist dabei nicht blos dasjenige zur Geltung gekommen, was als geschriebenes Recht existirte, sondern auch dasjenige, was in der Form des Gewohnheitsrechtes Geltung besass, ja es hat das letztere für den materiellrechtlichen Theil des Gesetzbuches sogar eine weit umfangreichere Verwendung gefunden, als das jus scriptum [1]. Der Grund dieser für uns auffallenden Erscheinung ist in dem Umstande zu suchen, dass es in der Zeit, wo Schwarzenberg arbeitete, an geschriebenen strafrechtlichen Normen fast gänzlich fehlte, oder doch an solchen, die durch ein Hinausgehen über eine sehr lakonische Kürze brauchbar gewesen wären.

Was und wie gestraft werden sollte, mit anderen Worten der Thatbestand der Verbrechen und die entsprechende Strafsatzung wurde beinahe ausschliesslich durch das Gewohnheitsrecht, oder besser durch die Praxis der Gerichte fixirt. Diese letzteren waren die Organe für die Fortbildung des Strafrechts, wie der Erfolg zeigte, leider nicht zu dessen Vortheil.

Welche Bedeutung in jener Zeit die Gewohnheit sowohl für die

1) Der in der C. C. B. mehrfach auftretende Ausdruck »nach gewonheyt etlicher gegent« weist sogar darauf hin, dass Schwarzenberg sich auch nach dem Gewohnheitsrechte anderer deutscher Territorien als blos des Fürstenthums Bamberg umgesehen hat.

Entwicklung wie für die Erkenntniss des Strafrechts besass, geht ungefähr aus dem Umstande hervor, dass ein hochgebildetes Gemeinwesen wie Nürnberg sich bis zum Erscheinen der C. C. C. mit zwei sog. Halsgerichtsordnungen begnügte, die sich auf die Angabe einiger Formulare für das gerichtliche Verfahren beschränkten. —

Bamberg war in dieser Beziehung Nürnberg weit voraus: es besass ein Stadtrecht, das eine ziemlich bedeutende Masse strafrechtlicher Bestimmungen aufwies. — Aber einmal liessen dieselben, trotz ihrer namhaften Zahl immer noch bedeutende Lücken, sodann gehörten sie, wenn das Stadtrecht nach Zöpfls Behauptung wirklich bereits in der Mitte des 14. Jahrhunderts seinen Abschluss erhalten hat, einer Epoche an, die von dem Zeitalter Schwarzenbergs durch ein und ein halbes Jahrhundert getrennt war.

Der Faktor, dem man die Aufgabe überliess, in der Zwischenzeit helfend einzutreten, sei es durch die Ausfüllung der von der Gesetzgebung gelassenen Lücken, sei es durch die Weiterbildung strafrechtlicher Bestimmungen, die fast durchgängig den Standpunkt der mittelalterlichen Rechtsbücher theilten, war allein das Gewohnheitsrecht. Dass es sich dieser Aufgabe nicht entzogen, das sieht man deutlich, wenn man z. B. die Bestimmungen des Bamberger Stadtrechts über den Diebstahl mit denen der C. C. B. vergleicht, auf welche letztern bekanntlich die Doktrin der Italiener nur geringen Einfluss geübt hat, für welche aber auch kein deutsches Statut oder Rechtsbuch als direkte Quelle aufgestellt werden kann. Während das Stadtrecht lediglich die Eintheilung der Diebstähle in grosse und kleine (Grenze 13 Pfenninge) und als Strafe der ersteren den Strang kennt, hängt die Bestrafung desselben Verbrechens nach der C. C. B. ab von der offenen oder heimlichen Begehung, von dem Werth des Gestohlenen, von der Art, wie die Entwendung vermittelt wurde (durch Brechen oder Steigen, mit Waffen), endlich von der Zahl der verübten Diebstähle. Dieser Reichthum an strafrechtlichen Momenten, denen die C. C. B. bei Ausmessung der Diebstahlsstrafe Rechnung trägt und die in ihrer Gesammtheit wohl auf das deutsche Recht, nicht aber auf bestimmte Quellen desselben zurückweisen, erklärt sich nur dann, wenn man annimmt, dass dieselben bereits vor Abfassung der C. C. B. von den bambergischen Gerichten berücksichtigt wurden und dass Schwarzenbergs Verdienst an diesem Punkte nur darin besteht, die bezüglichen Strafgewohnheiten gesammelt und in geschickter Weise codificirt zu haben[1].

1) Vergl. Berner, Strafrecht 1877, S. 525, Anm. 2.

Wenn es so keine Frage mehr sein kann, dass Schwarzenberg den guten Gewohnheiten Bambergs, speziell dessen Gerichtsgebrauche eine eingehende Aufmerksamkeit geschenkt hat, so folgt daraus, dass eine Kenntniss derselben zu einer genauen Werthschätzung dessen, was er dem vaterländischen Rechte verdankt, unbedingt nothwendig wäre. Aber leider wissen wir von den bambergischen Rechtszuständen im 15. Jahrhundert so gut wie gar Nichts [1]) und unsere Hoffnung, durch das Studium bambergischer Gerichtsbücher [2]) ein Bild der dortigen strafrechtlichen Praxis unmittelbar vor Erlassung der C. C. B. zu erlangen, ist gänzlich gescheitert. So bliebe uns denn, um unseren Zweck wenigstens im Groben zu erreichen, nur das eine Mittel übrig, von uns bekannten süddeutschen Rechtsquellen Schlüsse zu ziehen auf das, was im bamberger Territorium selbst etwa während der 2. Hälfte des 15. Jahrhunderts Rechtens gewesen sein mag. Allein eine Aufgabe des Inhalts wäre ungefähr identisch mit einer Darstellung des Entwicklungsganges der einzelnen in der C. C. B. angeführten Verbrechen und darf von uns um so unbedenklicher übergangen werden, als sie in strafrechtlichen Systemen und Monographien eine zum Theil treffliche Lösung gefunden hat.

Die Anordnung, in welcher wir die Quellen der C. C. B. zu behandeln haben, wäre dem Gesagten gemäss folgende: Einen hervorragenden Platz und auch in der Reihenfolge den ersten werden die Rechtsquellen des Fürstenthums Bamberg einzunehmen haben. —

Sie dürfen zwar, wie wir sehen werden, keineswegs darauf Anspruch machen, das Mutterrecht unserer C. C. B. zu sein, in dem Sinne, wie dies etwa von dem bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 in seinem Verhältniss zu dem von Oldenburg gesagt werden kann — diese Ehre kann weder dem bamberger Recht, noch auch einer der Codificationen des 15. Jahrhunderts zugesprochen werden — aber als Objekt der Reform lag dessen Benutzung, soweit eine solche zulässig war, Schwarzenberg unbedingt am nächsten.

Das bamberger Recht ist, wenn man mir diesen Vergleich gestatten will, das alte Haus, dessen Fundamente der Baumeister zu schwach fand, das von ihm geplante zu tragen, dessen Steine er aber vielfach nicht für zu schlecht hielt, in das neue Gebäude eingefügt zu werden, sogar dann, wenn sie genau genommen zu demselben nicht mehr passten!

Eine weitere Aufgabe wird es sodann sein, zu untersuchen, ob und in wie weit die Reichsgesetzgebung und die Statute anderer deutscher

1) Selbst Jakob Grimm war nicht im Stande, auch nur ein einziges bamberger Weisthum aufzutreiben. Vergl. Weisthümer III, S. III. Vergl. Geib im Archiv des C.-Rs. 1845, S. 112.

2) Der Hofgerichtsprotokolle, s. unten § 5.

Territorien als Quellen der C. C. B. bezeichnet werden dürfen: das nürnberger Recht, die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell, die Wormser Reformation, das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing.

Schliesslich bleibt uns noch übrig zu zeigen, welchen Einfluss die fremden Rechte durch das Medium der sog. populären Literatur des 15. Jahrhunderts und der italienischen Jurisprudenz auf die Arbeit Schwarzenbergs gewonnen haben [1]).

Wir können unmöglich an die eben aufgezählten Quellen herantreten, ohne einige allgemeine Bemerkungen über den gegenseitigen Werth derselben vorangeschickt und ohne die Gesichtspunkte hervorgehoben zu haben, die uns für die Fälle einer Concurrenz mehrerer für eine und dieselbe Bestimmung der C. C. B. maassgebend sein müssen.

Es versteht sich von selbst, dass das Recht des Bisthums Bamberg vor allen anderen Quellen in Betracht kommt, da es kaum denkbar ist, dass Schwarzenberg einen Rechtssatz, den er im einheimischen Rechte schon ausgebildet fand, anders woher geschöpft hat. Ueberall also,

1) Die meisten der oben aufgezählten Rechtsquellen sind von der Wissenschaft bereits in ihrem Verhältniss zur C. C. B. ins Auge gefasst, zum Theil ausführlich besprochen worden, so dass unsere Untersuchung vorwiegend den Charakter einer Revision an sich trägt. Als solche wird sie ruhig über diejenigen auf unsere Frage bezüglichen Ansichten hinweggehen können, die als ein für allemal abgethan gelten müssen; so 1) über die Ansicht Graevell's (im literarisch. Conservationsbl. Jahrg. 1822 N. 169, S. 674, 675), der eine gewisse von Maximilian I. unternommene Reformation der westfälischen Fehmgerichte zur Vorgängerin der C. C. B. machte. 2) Ueber die Behauptung R. Gerstäckers (in den Recensionen des Hermes 1821 St. 3, 1822 S. 140 und im N. Archiv des C.-Rs. VII, S. 367—69 u. S. 426 N. 35), Quelle der C. C. B. seien die von Torquemada verfertigten, von Llorente in seiner historia inquisitionis zuerst veröffentlichten Instruktionen für die spanische Ketzerinquisition. Man wäre gerne geneigt, die ganze Behauptung für einen Scherz zu halten, müsste man sich nicht aus der bei Kappler, Handbch. der Literatur des C.-Rs. S. 20 angeführten Dissertation überzeugen, dass Gerstäcker damit bitteren Ernst machte. Vergl. über sie Frey, observationes ad juris criminalis Teutonici praesertim C. C. C. historiam 1825 p. 53, u. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses S. 151 ff., denselben in der Zeitsch. für geschichtl. Rs.-Wissensch. Bd. XII, S. 123. 3) Ueber die Ausführungen von Birnbaum, der im N. Archiv des C.-Rs. Bd. 12, S. 390-448 neben anderen Vermuthungen äusserte, dass der Tractatus criminalis von Jakob Salwechter ein wichtiges Hülfsmittel der Interpretation der P. G.-O., ja gewissermaassen als deren Quelle zu betrachten sei. Wächter entlarvte (im Archiv des C.-Rs. 1831 S. 82 ff.) jenen Tractat als ein freches Plagiat von Perneders geistloser Arbeit (»Von Straff und Peen aller und jeder Malefitzhandlungen«), das daher keineswegs zur Interpretation der C. C. C. dienen könne, geschweige denn als Quelle derselben oder der C. C. B. betrachtet werden dürfe. Birnbaum musste (im Archiv des C.-Rs. 1835 S. 122) dieses Resultat gelten lassen.

wo uns eine bamberger Rechtsquelle oder ein Rechtszeugniss (Urtheile, u. s. w.) entgegentritt, deren Inhalt dem entsprechender Bestimmungen in der C. C. B. gleich kommt, hat das bamberger Recht die Vermuthung der Quelleneigenschaft für sich, und wer dieselbe mit Rücksicht auf die betreffenden Bestimmungen der C. C. B. für eine andere Quelle behauptet, hat jedenfalls einen überzeugenden Beweis zu führen.

Bei der Frage, welche Bearbeitungen des römischen Rechts Schwarzenberg bei der Abfassung der C. C. B. benutzt habe, werden wir unsere Aufmerksamkeit zuerst den populären Darstellungen des römischen Rechts in deutscher Sprache, also dem Klagspiegel, zuzuwenden haben. Unzweifelhaft lagen dieselben dem der lateinischen Sprache unkundigen Schwarzenberg viel näher, als die Werke der italienischen Juristen; handelt es sich daher um eine Entscheidung, wer von beiden verwandt worden sei, so werden wir uns im Zweifel für die ersteren aussprechen müssen, wenn nicht zwingende Gründe für die Benutzung der letzteren vorhanden sind. — Die Justinianischen und die canonischen Rechtsbücher werden als Quellen fast ganz zurücktreten müssen. Nicht unerwähnt darf ferner bleiben, dass die geographische Nähe oder Entfernung einer Quelle ein ganz erhebliches Gewicht für oder gegen die Annahme ihrer Verwendung in die Wagschale werfen muss, um so mehr als der literarische Verkehr jener Zeit noch ein höchst dürftiger war. Wenn wir daher einen Rechtssatz der C. C. B. etwa in dem Statut eines dem bamberger Bisthum benachbarten, oder gar wie Nürnberg zu dessen Sprengel gehörigen Territoriums, daneben aber auch in der Tiroler oder Radolphzeller M.-O. vorfinden, so wird die erstgenannte Thatsache etwa schon vorhandene Zweifel über eine Benutzung der letztgenannten Gesetze nur vermehren können, es sei denn, dass andere wohl verbürgte Thatsachen die negative Bedeutung des erwähnten Umstandes aufheben. Schliesslich ist klar, dass ein mit der C. C. B. übereinstimmender Rechtssatz, den eine als solche bereits festgestellte Quelle enthält, für eine andere noch unsichere Quelle, in welcher derselbe sich gleichfalls findet, keinen Beweis bildet. Erwarte man in einer Materie, wie der unsrigen, ja nicht mathematische Beweise! Solche zu führen wird uns in den wenigsten Fällen gelingen; hier wird man sich darauf beschränken müssen, an der Hand sorgfältiger Untersuchungen auf dem Gebiete der damaligen Gesetzgebung und Literatur und unter zu Hülfenahme aller zu Gebote stehenden historischen Thatsachen diejenigen Arbeiten hervorzuheben, die, wie Schwarzenberg sagen würde, die meisten »redlichen Anzeigen« einer Benutzung für sein Reformwerk an sich tragen. —

Erster Theil.

Die Gesetzgebung.

Erster Abschnitt.

Das Recht des Bisthums Bamberg.

§ 3. 1) Das Stadtrecht von Bamberg[1].

Literatur.

H. Zoepfl, Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina. Heidelberg 1839.

Derselbe, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. III. 1872. S. 432 ff.

H. Haelschner, Geschichte des brandenburg-preuss. Strafrechts. S. 81. Note 5.

Ausgabe des Stadtrechts bei Zoepfl a. a. O., Urkundenbuch.

Unter den zahlreichen, seit 1820 publicirten Stadtrechten nimmt das von Bamberg sowohl durch die Selbstständigkeit und Originalität der Entstehung als durch seine Reichhaltigkeit einen ganz vorzüglichen Platz ein.

Aus dem Bamberger Stadtbuche, d. h. einem Protokollbuche über die vom Rathe erlassenen Verordnungen, über Bürgeraufnahmen und Verurtheilungen am Zentgericht hervorgegangen und durch fortgesetzte Nachträge unter der Aufsicht des Rathes und der Schöffen erweitert, empfing das Rechtsdenkmal seine geschlossene Gestalt, welche die jüngsten Handschriften aufweisen, schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts und behielt in dieser Form praktische Gültigkeit bis in das 17. Jahrhundert[2], gerieth dann aber in die völligste Vergessenheit, aus der es in vollständiger Weise erst 1839 durch Zöpfls gründliche Ausgabe und seinen nicht minder gründlichen Commentar gezogen wurde.

Zöpfl war an diese Quelle mit der Hoffnung herangetreten, durch sie einigen Aufschluss über die Entstehung und Abfassung der gerade

1) Ueber eine von mir gefundene Handschrift des Stadtrechts s. Vorrede.

2) Noch im Jahre 1618 wird seiner unter dem Namen der »Stadtgerichtsordnung« gedacht.

zu seiner Zeit viel besprochenen mater Carolinae, der Bambergischen Halsgerichtsordnung zu gewinnen. — Diese Hoffnung musste allerdings für mehr als berechtigt gelten. War es denn überhaupt glaublich, dass das Rechtsbuch, welches zur Zeit, als Schwarzenberg seine legislativen Arbeiten begann, das praktische Recht der Hauptstadt des östlichen Frankens enthielt, von ihm völlig unbeachtet und unbenutzt geblieben und selbst wenn dies der Fall war, wenn das Bamberger Stadtrecht sich nicht als positive Quelle betrachten liess und nachgewiesen werden konnte, aus welcher anderen Quelle Schwarzenberg geschöpft, musste dasselbe nicht dennoch eine grosse Bedeutung behalten, indem es uns wenigstens den Rechtszustand erkennen liess, welcher durch Schwarzenberg zunächst reformirt werden sollte, musste seine Kenntniss nicht negativ dazu beitragen, die Reformen, die Strafrecht und Strafverfahren durch die C. C. B. erfuhren, in ein helleres Licht zu setzen und über die Rücksichten, welche der bambergische Reformator bei seinem Unternehmen zu beobachten hatte, Aufklärung zu verschaffen?

Indessen Zöpfls Forschungen lieferten positive Resultate, so viele, dass seinen eigenen Worten zufolge nun das unzweifelhafte Mutterrecht der C. C. B. oder mindestens der Schlüssel zu ihrem wahren Verständnisse gefunden war. — Allein die Untersuchungen Anderer, sowie die Auffindung nicht abzuweisender Quellen der C. C. B. ergaben gar bald, dass Zöpfl in seiner Schätzung des bambergischen Rechts zu weit gegangen und dass sich sein Quellenwerth keineswegs soweit erstrecke, als dieser Schriftsteller aus einer erklärlichen Vorliebe für das von ihm aus der Taufe gehobene Kind, das Bamberger Stadtrecht, angenommen hatte.

Der letztere Standpunkt ist unzweifelhaft der richtigere.

Unsere Aufgabe, dies des Näheren darzulegen, wird um so leichter zu lösen sein, als wir einige bereits von Anderen gewonnene Resultate benutzen können, um so kürzer, als wir von einer Darstellung des strafrechtlichen und strafprocessualen Inhalts des Bamberger Stadtrechts, wie wir sie bei den Maximilianischen Halsgerichtsordnungen und der Wormser Reformation versuchen werden, absehen und uns auf eine Kritik der von Zöpfl gegebenen beschränken dürfen.

Der Quellenwerth, welchen das Bamberger Stadtrecht für das Strafrecht der C. C. B. hat, ist, wie Zöpfl (S. 167) selbst zugibt, sehr gering. Dasselbe verwendet bei weitem die grösste Sorgfalt auf das Strafverfahren und lässt im Vergleich zu der reichhaltigen und vollständigen Behandlung desselben dem Criminalrecht nur eine recht dürftige Darstellung zu Theil werden.

Das Bamberger Stadtrecht unterscheidet die strafbaren Handlungen in solche, die im strengen, und solche, die im freundlichen oder bescheidenen Rechte gerichtet werden. Zu den letzteren gehören Vergehen, namentlich »Wunden und Leme«, die durch Zahlung einer Geldstrafe an den Beschädigten und einer Wedde an den Richter gebüsst werden; sie gehören in die Competenz des Stadtgerichts und es ist eine Ausnahme, wenn das Zentgericht bei ihnen im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Beklagten auf eine verstümmelnde Strafe erkennt, — sodann Vergehen, die nicht einmal subsidiär (bei Zahlungsunfähigkeit) mit einer verstümmelnden Leibesstrafe, sondern im höchsten Falle mit Stadtverweisung oder geringer körperlicher Züchtigung bestraft werden.

Im strengen Rechte gerichtet wird eine Reihe von Verbrechen, deren gemeinschaftlicher Charakter darin besteht, dass ihre Strafen den Verurtheilten sämmtlich an den Hals gehen; sie heissen »Halsgerichte« und der Thäter wird allgemein als »schädlicher« oder »armer« Mann bezeichnet. Ihre Aburtheilung gehört an das Zentgericht. Das Bamberger Stadtrecht § 136 kennt acht »Halsgerichte«: Mord, Raub, Diebstahl, Brandstiftung, Fälschung, Verrätherei, Nothzucht und Landzwang. Die Unterscheidung von strengem und freundlichem Recht, die übrigens in der Landgerichtsordnung von 1503 [1]) wiederkehrt, hat insofern ihre Wichtigkeit, als sie auch von der C. C. B. Art. 163 gekannt oder besser gesagt vorausgesetzt wird. Als H a l s g e r i c h t s o r d n u n g beschäftigt sie sich ausschliesslich mit den »Halsgerichten«, d. h. mit den im strengen Rechte zu strafenden Handlungen, nur dass der Kreis der letzteren bei ihr sich bedeutend erweitert hat.

Von den Verbrechen des Bamberger Stadtrechts ist das der Tödtung mit verhältnissmässig grosser Vollständigkeit behandelt, so dass seine Darstellung für das im Stadtrecht enthaltene Strafrecht typisch genannt werden muss.

Während das Stadtrecht für die Tödtung nur das Wort »Mord« aufweist und dementsprechend auf sie nur e i n e Strafe, das Rad [2]), setzt, gebraucht das Stadtbuch neben dem »Mord« zugleich den Ausdruck »Todtschlag«, ohne aber, wie Zöpfl versichert, damit einen von der ersteren Bezeichnung verschiedenen juristischen Sinn zu verbinden. Für das Letztere wird sich mit demselben Rechte das Gegentheil behaupten

1) Tit. 14 von Entnemung eines Leumunds: freuntlich Recht, burgerlich, zu latein civiliter genannt. —

2) Dieselbe konnte durch Schleifen verschärft werden, Z ö p f l, Urkundenbuch Anhang II C § 30, 32.

lassen[1]; wie dem aber auch sein mag, soviel ist klar, dass Schwarzenberg für die Aufstellung der technischen Bedeutung, wie sie die Ausdrücke Mord und Todtschlag in der C. C. B. besitzen, in dem Bamberger Stadtrechte keinen Anhalt finden konnte, ja es ist auf den ersten Blick nicht unwahrscheinlich, dass die Worte der C. C. B. Art. 162, die tadelnd hervorheben, wie noch in manchen Gegenden »fursetzliche mörder vnd todtschleger einander gleych mit dem Rade« gestraft würden, auch auf das Bamberger Stadtrecht berechnet waren.

Indessen glaubt Zöpfl gute Gründe zu haben, anzunehmen, dass, wenn auch das Bamberger Stadtrecht einen Unterschied zwischen Mord und Todtschlag nicht kannte, doch die bamberger Gerichtspraxis die Tödtung mit Vorbedacht und die Tödtung in Zorn und Jäheit wenigstens in der Bestrafung zu trennen wusste. Es werde dies wahrscheinlich durch eine Reihe im Urkundenbuche Anhang V. verzeichneter Urtheile, aus denen hervorgehe, dass die Tödtung durchaus nicht immer mit dem Rade, sondern sehr häufig nur mit Stadtverweisung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit bestraft worden sei. Das Letztere ist richtig, ebenso ist Zöpfl zuzugeben, dass die Stadtverweisung, dieses rechtlich-polizeiliche Zwitterding, wie sie Köstlin nicht mit Unrecht genannt hat, regelmässig dann angewandt wurde, wenn eine gütliche Uebereinkunft mit der Freundschaft des Getödteten nicht zu erlangen war und die That unverkennbar Milderungsgründe an sich trug; dass man aber bei den nicht mit Vorbedacht verübten Tödtungen zu diesem Auskunftsmittel gegriffen habe, das ist eine Vermuthung, die, wenn anders die Untersuchungen von Hälschner, Osenbrüggen und Anderen[2] ihre Richtigkeit haben, als haltlos bezeichnet werden muss. Nach diesen wird behauptet werden dürfen, dass die bamberger Gerichte die mildere Strafe der Stadtverweisung etwa dann für angezeigt hielten, wenn ihnen der Erschlagene zu der erfolgten Entleibung selbst redlich Anlass gegeben und der Thäter demgemäss aus einem Grunde gehandelt zu haben schien, den sie nicht ohne weiteres verdammen konnten. Fälle wie der strassburger, den Osenbrüggen[3] berichtet, werden wohl bei

1) Im Stadtbuche heissen die Tödtungen, bei denen die milde Strafe der Stadtverweisung erkannt wurde, durchweg Todtschläge. (Urkundenbuch Anhang V, No. XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, LX, LXIX, CIX, CX). Ist dies nur zufällig, oder beweist dies, dass man wirklich zwischen Mord und Todtschlag unterschied und die mildere Stadtverweisung nur beim letzteren zuliess?

2) Hälschner, System II S. 22 ff., Osenbrüggen, Alam. Strafr. S. 208 ff. und Philipp Allfeld, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina 1877. S. 65 ff.

3) a. a. O. S. 219.

den meisten im Stadtbuche eingetragenen Stadtverweisungen vorausgesetzt werden dürfen.

Besonderes Interesse mit Rücksicht auf die historische Kritik der C. C. B. und der C. C. C. bietet eine im Jahre 1318 erlassene Rathsverordnung, die fast wörtlich in das Stadtrecht § 183 überging. Sie verbietet dem Schultheissen und dem Gerichte, sich der Habe eines Bürgers, welcher einen Mord oder eine andere dem strengen Rechte angehörige That begangen, oder gar der seiner Frau und Kinder zu bemächtigen.

Dieses Verbot, meint Zöpfl (S. 116 und 168), sei in den berüchtigten Art. 218 der C. C. C. »von Missbräuchen und bösen unvernünftigen Gewohnheiten«, der in der C. C. B. keinen correspondirenden Artikel habe, übergegangen; es erkläre sich indessen der letztere Umstand leicht daraus, dass Schwarzenberg, der in Folge der genannten Bestimmung des Stadtrechts diese böse Gewohnheit in Bamberg nicht vorgefunden, dieselben zu verbieten nicht für nöthig gehalten habe. Ich halte die Behauptung Zöpfls für durchaus grundlos. Vor Allem ist nicht daran zu denken, dass die Vorschrift des Bamberger Stadtrechts Anlass zu der entsprechenden des Art. 218 der C. C. C. gegeben, denn der ganze Artikel findet sich weder im ersten noch im zweiten Projekte der C. C. C. und ist zu einer Zeit in den Text des Reichsgesetzes eingeschoben worden, wo Schwarzenberg, durch den allein das Bamberger Stadtrecht die in der Abfassung begriffene C. C. C. hätte beeinflussen können, längst gestorben war, — ganz abgesehen davon, dass nach der herrschenden Ansicht die betreffende Stelle des unendlich streitigen Art. 218 nicht gegen die Confiscation überhaupt, sondern nur gegen ihren Missbrauch gerichtet ist [1]. Mehr! Der C. C. B. fehlt eine dem Art. 218 der C. C. C. entsprechende Stelle nicht desshalb, weil Schwarzenberg eine solche aufzustellen nicht für nöthig gehalten hätte [2], sondern desshalb, weil er im direkten Gegensatze zum Bamberger Stadtrechte bei allen todeswürdigen Verbrechen die stillschweigende Confiscation anerkannt, oder besser gesagt, nach einem damals in Süddeutschland (weniger in Norddeutschland) weit verbreiteten Ge-

1) Vergl. Wächter, Lehrbuch I S. 182 ff.

2) Uebrigens bemerkt Zöpfl selbst, dass die böse Gewohnheit der Güterconfiscation in den bamberger Muntaten am Ende des 13. Jahrh. urkundlichen Zeugnissen zufolge im Schwange war, so dass, wenn Schwarzenberg dieselbe abgeschafft wissen wollte, ein ausdrückliches Verbot trotz des Bamberger Stadtrechts § 183 durchaus nicht überflüssig erschien. Der § 183 des Stadtrechts bestätigt offenbar nur ein althergebrachtes Privileg der Bürger — und wahrhaftig nicht das einzige!

brauche[1]) beibehalten hat[2]). Das ergibt sich deutlich aus dem Art. 160 der C. C. B.[3]) verglichen mit dem Art. 135 der C. C. C. In der C. C. B. wird jeder Selbstmord, der aus Furcht vor einem todeswürdigen Verbrechen stattfand, mit Confiscation des Vermögens bestraft, in der C. C. B. nur derjenige, der wegen eines Verbrechens begangen wurde, durch das Leib und Gut verwirkt war. Diese divergirenden Bestimmungen der C. C. B. und C. C. C. erklären sich einfach aus der Verschiedenheit der für die Vermögenseinziehung in beiden bestehenden Voraussetzungen: in der einen ist dieselbe Ipso-jure-Folge der Condemnation zu einer Capitalstrafe (stillschweigende Vermögensconfiscation), in der andern wird sie bedingt durch die Verurtheilung zu einer Strafe, die Leib und Gut zugleich betrifft[4]).

Bei der Behandlung der übrigen Halsgerichte beschränkt sich das Bamberger Stadtrecht wie die mittelalterlichen Rechtsbücher fast durchgehends auf die Nennung des Verbrechens und der Strafe.

Die Brandstiftung und die Fälschung, worunter die Münzfälschung zu verstehen ist, werden mit dem Feuer bestraft[5]); das Führen von falschem Maass und Gewicht ist nur ein Frevel[6])!

Der Verräther erleidet die Schwertstrafe mit voraufgehendem Schleifen; erst eine spätere Praxis[7]) erkannte, wie dies die C. C. B. Art. 149 thut, beim Verrath des Landesherrn auf Viertheilung. — Der Räuber erleidet die Schwertstrafe, der Dieb die des Stranges, beide unter der Voraussetzung, dass sie an Werth mehr als 13 Pfenninge entwandten[8]).

1) Die weite Verbreitung ergibt sich schon aus der Rüge des Art. 128 C. C. C. und aus Tenngler's Layenspiegel Ausgabe v. 1511 Bl. 220 a; vergl. Boehmer, Observatt. ad Carpzov. pract. ad quaest. 135 obs. 1, für das nürnberger Recht Siebenkees, Beiträge V, S. 200, überh. Osenbrüggen, Alam. Strafr. § 48, S. 101. Das Gegentheil bestimmt der Schwabensp. 170 W. und der Deutschsp. 140, für Norddeutschland der Sachsensp. II, 31 vergl. III, 50.

2) Vergl. Wächter im Archiv des C.-R. Bd. X, 1829, S. 640. Dagegen: Heffter, Lehrbuch. 5. Aufl. § 137.

3) Der Art. 266 C. C. B. darf nicht herbeigezogen werden; derselbe will die durch viele Rechtsquellen bezeugte Gewohnheit der Gütereinziehung im Falle der contumacia beschränken. Vergl. H. Meyer, Das Strafverfahren gegen Abwesende S. 138. Quellencitate für den Gebrauch der Vermögenseinziehung bei flüchtigen Todtschlägern s. bei Hälschner, System II, S. 45 Note 6 und bei Osenbrüggen a. a. O.

4) Die C. C. C. folgt hier der italienischen Doktrin cf. Angelus Aretinus Gl. et ejus bona public. n. 3 und J. Clarus, Sent. rec. § fin. qu. 78 n. 1.

5) Brandstiftung St.-R. § 144, vergl. C. C. B. Art. 150; Fälschung St.-R. § 146, vergl. C. C. B. Art. 136.

6) St.-R. § 84—90.

7) Vergl. den Rechtsfall bei Zöpfl Anhang IV No. 3.

8) St.-R. § 147. Vergl. C. C. B. Art. 151.

Qualificirte Diebstähle kennt das Stadtrecht nicht, indessen zeigt ein Rechtsfall aus dem Jahre 1456 [1]), dass der Kirchenraub mit dem Feuer bestraft wurde. (Vergl. Art. 198 C. C. B.)

Die Calumnie als Verbrechen der absichtlich falschen Anklage (»Eiferung des Halsgerichts«) hatte die Talion zur Folge [2]).

Auf den Landzwang setzt das Stadtrecht § 147 den Strang, wenn der Werth des abgenöthigten Gutes 13 Pfenninge übersteigt; erst eine jüngere Bestimmung desselben (§ 185) droht dem Landzwinger wie dem Räuber das Schwert, eine Strafe, die auch die C. C. B. Art. 153 beibehalten hat [3]). — Schliesslich mag noch bemerkt werden, dass die von der C. C. B. Art. 98 beibehaltene Gewohnheit, den Verbrecher vor Fällung des peinlichen Urtheils in den Stock zu setzen, auch schon im Bamberger Stadtrechte § 147 bezeugt ist.

Für die allgemeinen Lehren des Stadtrechts gewährt das Stadtrecht womöglich noch eine dürftigere Ausbeute.

Zöpfl selbst kann sich dies nicht verhehlen; er betont daher hier mehr, als anderswo, die Unabhängigkeit, mit der Schwarzenberg, dieser klar denkende Kopf, innig vertraut mit den Bedürfnissen seiner Zeit, die Lücken, welche die älteren deutschen Rechtsaufzeichnungen in diesen Lehren aufwiesen, auszufüllen gewusst habe.

Wir glauben indessen später bei der Besprechung der Wormser Reformation, des Klagspiegels und der römisch-canonischen Doktrin den Beweis führen zu können, dass hier die Unabhängigkeit Schwarzenbergs nur mässig betont werden darf und dass jene von ihm zweifellos benutzten Quellen hier mehr als irgendwo anders richtig gewürdigt zu werden verlangen. — Dies gilt besonders bei der Lehre von der Nothwehr.

Es ist kaum begreiflich, wie Zöpfl sich einreden konnte, dass Schwarzenberg in dieser Lehre die Bestimmungen des Bamberger Stadtrechts vor Augen gehabt habe, während dieselben doch in den meisten Punkten das gerade Gegentheil der von der C. C. B. gegebenen Vorschriften enthalten.

Nach dem Bamberger Stadtrechte (§ 158, 160, 168) muss derjenige, der seine Nothwehr ausführen will

1) Schuberth, Histor. Versuch über die geistl. und weltl. Staats- und Gerichtsverfassung von Bamberg (mit einem Nachtrag von 1792). Erlangen 1790. S. 115, 116.

2) St.-R. § 138. Vergl. C. C. B. Art. 134 und Zöpfl S. 119.

3) Ueber die Bestimmungen des Bamberger Stadtrechts vergl. die Ausführungen R. John's, Ueber Landzwang. Göttingen 1852. S. 13 ff., wornach Einiges bei Zöpfl S. 118 und 119 berichtigt werden kann.

1) als Vorbedingung zum Reinigungseide eine offene Wunde an seinem Leibe, nicht bloss in seinem Gewande, aufzeigen; Schwarzenberg (C. C. B. Art. 165) bezeichnet dieses Erforderniss nach dem Vorgang italienischer Juristen sehr derb als die Meinung unverständiger Leute. Sodann

2) beschwören, dass er diese Wunde von dem Entleibten zuerst erhalten habe, noch ehe er ihn mit Worten oder Werken beleidigt. Dieser Eid muss ausserdem durch zwei Conjuratoren unterstützt werden. Für den Fall, wo der Thäter aus Mangel an Verwandtschaft in der Stadt die beiden Eideshelfer nicht aufzubringen vermag, soll ein von ihm über diese Thatsache geschworener Voreid genügen.

Die C. C. B. kennt weder einen derartigen Reinigungseid noch Conjuratoren; der Beweis des Thäters, dass er von dem Erschlagenen oder Verwundeten zuerst angelaufen worden sei, ist nach ihr genügend, um dem Ankläger den Beweis aufzulegen, dass der Angegriffene keine rechte Nothwehr geübt (Art. 167). Nicht genug! Wie das Regensburger Stadtrecht[1]) erklärt das Bambergische

3) den Thäter, der seine Nothwehr vollkommen ausgeführt hat, dennoch für schuldig, dem Schultheissen eine Busse unter der Bezeichnung »um Nothrecht« zu bezahlen.

Schwarzenberg sagt im Art. 165 ausdrücklich und augenscheinlich mit Bezug auf das Bamberger Stadtrecht, dass der Thäter nach Ausführung der Nothwehr darum Niemandem etwas schuldig sei.

Vom Versuche ist im Bamberger Stadtrecht bei keinem einzigen Verbrechen, nicht einmal bei dem Morde die Rede, man sieht vielmehr deutlich, dass bei Körperverletzungen lediglich der objektive Gesichtspunkt vorherrschte und dass man auf den Zusammenhang der Körperverletzung mit dem Vorsatze der Begehung eines grösseren Verbrechens, z. B. der Tödtung, durchaus keine Rücksicht nahm, sondern stets nur die Körperverletzung als solche zum Gegenstand der Anklage machte.

Ueber die Bestrafung der Theilnahme enthält das Stadtrecht keine deutliche Bestimmung. Aus vier in dem Stadtbuche[2]) verzeichneten Verurtheilungen, glaubt Zöpfl, gehe zur Genüge hervor, dass hinsichtlich

1) Bei v. Freyberg, Sammlung histor. Schriften und Urkunden. Band V, Heft 1, S. 66 u. 71.

2) Bei Zöpfl, Urkundenbuch Anhang V, No. CIX, CX und L, LIV.

der Theilnehmer am Verbrechen in Bamberg schon 200 Jahre vor Schwarzenberg der Grundsatz gegolten habe, den er im Art. 203 der C. C. B. zum Gesetz erhoben, dass nämlich dieselben allerdings auch peinlich, jedoch im einen Falle anders, als in dem anderen zu strafen seien.

Es bedarf nur eines Blickes auf die genannten Stellen, um diese Behauptung sehr gewagt zu finden, denn aus den Urtheilen CIX und CX geht gar nicht bestimmt hervor, in welchem Verhältnisse die zwei Verurtheilten zu einander gestanden haben, ob der eine Anstifter, Gehülfe oder ob er Mitthäter war, sie sind also zum Beweise der Behauptung Zöpfls unbrauchbar; die Urtheile L und LIV aber sprechen offenbar von Miturhebern. — War, wie wir sahen und wie Zöpfl selbst zugibt, der Quellenwerth der strafrechtlichen Bestimmungen des Stadtrechts äusserst gering, musste man sich da auf den Nachweis der Uebereinstimmung einiger weniger Sätze und Artikel beschränken, so soll uns dagegen, Zöpfls Worten zu glauben, im Strafprocess eine überraschende Uebereinstimmung ganzer Materien wie besonders der Grundprincipien entgegentreten!

Schon diese wenigen Worte zeigen, was wir von Zöpfls Versicherung zu halten haben.

Wie sollten die Grundprincipien des Strafprocesses in zwei Gesetzgebungen übereinstimmen können, von welchen die eine die Grundsätze des alten, zum Theil schon in der vorkarolingischen Zeit festgestellten Strafverfahrens enthält, das die letztere total umstürzt?

Wenn der in der Behauptung Zöpfls liegende Widerspruch nicht allzu stark hervortrat, so ist dies nur den Modificationen (vorzüglich der Annahme der Tortur) zuzuschreiben, welche das Bamberger Stadtrecht während des 14. Jahrhunderts in seinem alten Verfahren eintreten liess. Lediglich eine scharfe Betonung dieser Modificationen liess Zöpfls Darstellung einigen Schein von Wahrheit gewinnen.

Die drei Hauptarten des Strafprocesses im Bamberger Stadtrechte, die selbst wieder auf einen allgemeineren Unterschied, den der beschrieenen und unbeschrieenen That, zurückweisen, sind:

1) Das Verfahren auf handhafter That,
2) Das in der Rechtssprache der westfälischen Fehmgerichte sog. Verfahren auf blickenden Schein,
3) Das Verfahren auf Inzicht und Leumund.

Hiervon ist nun allerdings

1) Das Verfahren bei handhafter That in Schwarzenbergs Gesetzgebung (Art. 23) beibehalten, aber in etwas veränderter Gestalt.

War ein Verbrecher auf frischer oder wahrer oder handhafter That ergriffen, mit anderen Worten, war er bei der That selbst oder auf der Flucht von derselben unter dem Hülfsgeschrei des Klägers und dem Zusammenlauf der Gerichtsinsassen gefangen und mit aufgebundenem Schub in das Gericht geführt worden, so galt er in Bamberg und nach dem Zeugnisse des Sachsenspiegels[1] und Schwabenspiegels[2] in den Ländern des fränkischen Rechts überhaupt als der Anklage überwiesen, wenn der Kläger mit seinem Eide selbsiebent die Erhebung des Gerüftes bewiesen hatte. —

Das eben beschriebene Verfahren bei handhafter That ist beherrscht von dem Grundsatze, dass alles das, was leiblich bewiesen d. h. was dem Gericht unmittelbar zur Sinneswahrnehmung vorgewiesen wird, nicht mehr Gegenstand der Partheieneide sein kann. Was das Gericht selbst sieht oder hört, das darf weder der Angeschuldigte mit seinem Eide abläugnen, noch muss es der Kläger durch seinen Schwur beweisen. Wenn der letztere bei der handhaften That nichtsdestoweniger seinen Gegner mit dem Eide zu »übergehen« pflegt, so soll damit weniger das Verbrechen erwiesen, als die über dieses bereits vorliegende leibliche Beweisung ergänzt werden. — Die handhafte That darf, wie Planck[3] überzeugend nachgewiesen hat, als die wichtigste Art der leiblichen Beweisung und damit als das Prototyp der Notorietät betrachtet werden, welche letztere nach deutschem Recht allen Thatsachen zukommt, die mit dem Eide nicht geläugnet werden dürfen[4]. Als solcher erscheint sie auch noch in der C. C. B. (Art. 23): sie bildet bei ihr den weitaus wichtigsten Fall der »unzweiffenlichen Missetat« (d. h. des notorischen Verbrechens im deutschen Sinne)[5]. In dieser Eigenschaft verträgt sie zwar wohl eine Vertheidigung seitens des handhaften Thäters, macht aber, dem früheren deutschen und dem canonischen Recht zugleich entsprechend, jede »rechtliche Verlängerung, die zur Erfahrung der Wahrheit gesetzt ist«, also vor Allem die Beweisführung, überflüssig; nur die Modification hat das Wegfallen des klägerischen

1) B. III, Art. 54 § 4.

2) § 100. Vergl. §§ 316, 317. L.

3) Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. X, S. 224 ff.

4) Wetzell, Civilprocess. 3. Aufl. S. 181.

5) Die unzweiffenliche Missetat ist nicht das crimen notorium der Italiener, wie Hälschner (Geschichte. S. 79, S. 81 Note 5) behauptet. Es soll dies später nachgewiesen werden.

Siebnereides veranlasst, dass der Beklagte, der die That »freuenlich« läugnet, zum Zweck der Verurtheilung mit der Folter erst noch zum Geständnisse gezwungen werden muss.

2) Bei beschrieener, aber nicht handhafter That, d. h. in dem Falle, wo man den Verbrecher mit dem Gerüfte verfolgt, aber nicht erreicht hatte, unterschied das Stadtrecht weiter, ob die That übernächtig war oder nicht, d. h. ob die Anklage innerhalb der nächsten 24 Stunden oder später erhoben wurde.

a) Bei nicht übernächtiger That erkannte das Gericht, wenn der Kläger den Leichnam des Ermordeten zum Behufe des Augenscheins (»blickender Schein«) vor die Schranken gebracht hatte, sofort zu endhaften Rechten, mit anderen Worten, es sprach gegen den Angeschuldigten ohne Weiteres die Acht aus, die bei dem Morde »Mordacht« genannt wurde (St.-R. § 150).

b) War die That dagegen übernächtig, so musste das Gericht dem Beklagten drei Fristen in Zwischenräumen von je 14 Tagen (»drei viertzehen Tag«) sowie sicheres Geleit zur Ausführung seiner Vertheidigung gewähren und durfte es das erwähnte Contumacialurtheil, die Mordacht, erst nach dreimaligem ungehorsamen Ausbleiben aussprechen. Von dem vor die Schranken gebrachten Leichname bewahrte es ein Leibzeichen, etwa das Gewand, das denselben symbolisch vertrat und ihn, wenn der Beklagte eingebracht wurde, immer noch als gegenwärtig erscheinen liess (St.-R. §§ 152, 154, 179, 180).

Der eben beschriebene Process, der bei beschrieener, aber nicht handhafter That stattfand und der in der Sprache der Fehmgerichte »Richten auf blickenden Schein« hiess, ist allerdings, wie Zöpfl richtig ausgeführt hat, wie aber auch von vornherein zu vermuthen stand, unter dem Namen des »Erkennens in die Mordacht« in die C. C. B. (Art. 229—243) übergegangen, nur die Unterscheidung zwischen übernächtiger und nicht übernächtiger That scheint sie aufgegeben und die durch sie bedingte Duplicität des Verfahrens in der Weise beseitigt zu haben, dass sie jene dreimalige Ladung des Verbrechers zur Mordachtserklärung immer fordert, so oft eine beschrieene, aber nicht handhafte That vorliegt. Möglich auch, dass der genannte Unterschied bereits vor der C. C. B. obsolet geworden war.

3) War aber die That nicht einmal beschrieen, war der Thäter nur verleumdet, oder lagen gegen ihn nur Inzichten (Anzeigen) vor, so war es nicht gestattet, über ihn zu strengen Rechten zu ver-

bürgen d. h. gegen ihn eine peinliche Anklage zu erheben: er durfte daher weder gefangen gesetzt, noch auch gegen ihn ein Contumacialurtheil (die Mordacht) ausgesprochen werden. Man konnte ihn nur im freundlichen Rechte d. h. vor dem Civilrichter belangen, und wenn er da die That leugnete, musste er immer zum Reinigungseide zugelassen werden. (St.-R. § 71—73).

Dem Inculpaten konnte die Klage also nur dann an den Hals gehen, wenn er die That freiwillig gestand und nicht zugleich Nothwehr vorschützte, ein Fall, der in der Rechtssprache der Fehmgerichte »gichtiger Mund« genannt wurde [1]).

Gab so das Geständniss für den Fall, wo weder handhafte That noch blickender Schein vorlag, allein das Recht, den Thäter peinlich zu strafen, musste also dem Gerichte an dessen Erlangung Alles gelegen sein, so war es ganz natürlich, dass an diesem Punkte der Gebrauch der Folter zuerst gerechtfertigt erschien und auch wirklich adoptirt wurde. Zwar hielt man denselben nicht gegen jeden Inculpaten für zulässig: die Behandlungsweise des letzteren war vielmehr eine verschiedene, je nachdem derselbe ein Stadtbürger war oder nicht. Der Bürger durfte in der Regel um ein Geständniss nicht »benotiget« d. h. torquirt werden: es war dies eines der vielen Privilegien, die er mit seiner Aufnahme unter die Bürgerschaft erwarb (St.-R. § 213). Sein Reinigungseid schlug nach wie vor den Leumund und alle Inzichten nieder (St.-R. § 71, 73), nur ausnahmsweise [2]) und, wie das Stadtrecht ausdrücklich beisetzt, nur mit Zustimmung des Raths und der Schöffen durfte gegen ihn die Folter angewendet werden.

Der Nichtbürger dagegen stellte sich bedeutend schlechter. Er konnte um Leumund und Inzicht jederzeit gefangen werden und hatte, wenn er ergriffen war [3]), kein Recht auf den Reinigungseid. Die Folter sollte zwar auch gegen ihn vom Schultheissen nicht ohne die Zustimmung des Raths und der Schöffen angeordnet und nur im Beisein zweier vom Gerichte und zweier vom Rathe angelegt

1) Ein Schema einer Verurtheilung auf gichtigen Mund s. bei Zöpfl, Urkundenbuch Anhang II C § 26.

2) Die drei Ausnahmen, St.-R. § 186. Vergl. Zöpfl S. 142.

3) Stellte sich der Nichtbürger freiwillig unter sicherem Geleit, so musste zweifelsohne auch er zum Reinigungseide zugelassen werden, macht sich doch der Unterschied zwischen der freiwilligen Stellung und der gefänglichen Einziehung noch in der L.-G.-O. v. 1503 und der C. C. B. (Art. 182 verglichen mit Art. 176, 177) in derselben Weise geltend. — Ob der Nichtbürger sicheres Geleit bekam, stand freilich ganz in der Willkür des Schultheissen (vergl. St.-R. § 72).

werden (St.-R. § 186), allein es unterliegt keinem Zweifel, dass man sich bei ihm zur Tortur viel leichter entschloss und mit derselben gleich zur Hand war, sobald das Vorhandensein eines üblen Leumunds oder böser Indizien die Zulassung zum Reinigungseid als nicht thunlich und demgemäss die Erlangung eines Geständnisses als höchst wünschenswerth erscheinen liess.

Es widerlege sich nun von selbst, — sagt Zöpfl S. 144 — die Ansicht, welche von Malblank aufgestellt und nachher von Rosshirt adoptirt wurde, dass Schwarzenberg auf seine Grundsätze vom Indizienbeweis durch den nürnberger Leumundsprocess gebracht worden sei, allerdings habe auch Nürnberg seinen Leumundsprocess gehabt, aber er sei von dem zu Bamberg geltenden wesentlich dadurch verschieden gewesen, dass die Nürnberger auf Grund des ihnen von Ludwig dem Bayern 1340 ertheilten Privilegiums [1]) sofort und ohne Geständniss des Thäters die Todesstrafe aussprechen durften, wenn die Stimmenmehrheit der Schöffen und des Rathes die Indizien für genügend erklärte; in Bamberg habe ohne ein (durch die Folter erlangtes) Geständniss des Beklagten niemals die Todesstrafe ausgesprochen werden können. — Ich glaube allerdings, dass die Behauptung Malblanks und Rosshirts zu weit geht, halte aber auch Zöpfls Argument nicht für stichhaltig. Wenn man nämlich bedenkt, wie ausschliesslich das Gericht beim Richten auf Leumund auf seine eigene Ueberzeugung angewiesen war, wie sehr es deshalb bestrebt sein musste, selbstthätig alles Material herbeizuschaffen, das ihm diese zu geben vermochte, so kann man nicht mehr zweifeln, dass die Erlangung des Geständnisses in allen Fällen, wo blosse Anzeigen gegen den Beklagten vorlagen, von souveräner Bedeutung erschien und dass die Folter als Mittel hiezu bald die grosse Regel wurde [2]). Dadurch aber war der nürnberger Leumundsprocess dem bamberger faktisch gleichgestellt.

Indessen Zöpfl geht weiter!

Nach ihm findet sich die berühmte Theorie Schwarzenbergs (C. C. B. Art. 29), dass »Niemand wegen Leumund und Inzicht, ohne dass sein Geständniss dazu kommt, definitive zur peinlichen Strafe, sondern nur zur Tortur verurtheilt werden darf«, buchstäblich schon in jenen obengenannten Dispositionen des Bambergischen Stadtrechts. Das Princip, dass Niemand wegen Inzichts und Leumunds ohne sein Geständniss (gichtigen Mund) verurtheilt werden darf, findet sich allerdings im Bambergischen

1) Bei Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte. Exc. XXII. S. 272, wo irrthümlich »Siegmund« steht.

2) Vergl. Wächter a. a. O. S. 275.

Stadtrecht, allein ist dies nicht der uralte, schon in den Capitularien und im Sachsenspiegel ausgesprochene Grundsatz? Sagt der letztere (III 54 § 4) nicht ausdrücklich, dass der Franke seinen Leib nicht verwirken könne, er werde denn auf handhafter That gefangen oder sein fränkisch Recht sei ihm aberkannt? Sodann lautet die Regel der C. C. B. Art. 29 vollständiger als Zöpfl angibt: »wann soll yemant entlich zu peynlicher straff verurteilt werden, das muss auss eygem bekennen oder beweysung (wie an andern enden in dieser ordnung clerlich funden wurdet) gescheen vnd nit vff vermutung oder anzeigung.« Beweysung d. h. Zeugenbeweis! Wo lässt aber das Stadtrecht Verurtheilung auf genügenden Zeugenbeweis folgen? Sind ihm die Zeugenaussagen im Strafprocess etwas Anderes als »Inzichten« [1]?

Endlich lässt die C. C. B. bei dem Mangel eines Geständnisses und eines genügenden Zeugenbeweises, aber beim Vorhandensein genugsamer Indizien die Folter eintreten, das Stadtrecht dagegen den Reinigungseid und nur in Ausnahmsfällen die Folter; welches, abgesehen von dem Consens von Rath und Schöffen, die Voraussetzungen zu derselben sind, ist nicht gesagt.

Von der ganzen Indizienlehre, die Zöpfl selbst als den Glanzpunkt der Schwarzenberg'schen Legislation bezeichnet, enthält das Stadtrecht nicht eine Spur. Mit einem Worte, — sagt Hälschner [2]) sehr treffend — denkt man sich die Modificationen hinweg, welche die Aufnahme der Folter im Strafverfahren des Bambergischen Stadtrechts verursachte, so könnte der Sachsenspiegel eben so gut wie letzteres Anspruch darauf machen, Quelle der C. C. B. zu sein!

Nachdem wir so gezeigt haben, dass die C. C. B. diejenigen processualen Grundsätze und Formen, durch welche sie für das deutsche Strafverfahren eine neue Epoche begonnen hat, keineswegs, wie Zöpfl meint, dem Bamberger Stadtrechte verdankt, kann die Uebereinstimmung einzelner Rechtssätze processualen Inhalts nur noch als etwas Untergeordnetes in Betracht kommen.

1) So der Grundsatz von der Statthaftigkeit des Klagens von Amtswegen (St.-R. § 162, 163 vergl. C. C. B. Art. 101, 102, 215) [3].

2) Das Verbürgen zu strengen Rechten d. h. das durch Bürgschaft verstärkte Gelöbniss des Klägers, die Klage zu vollführen. Diese Bürgschaft konnte derselbe nur durch zwei Genannte stellen; ist

1) Zöpfl S. 145 Note 11, S. 171 Note 6.

2) Geschichte S. 81 Note 5.

3) Nicht C. C. B. Art. 10, wie Zöpfl S. 135 citirt; er wirft constant das »Klagen von Amtswegen« und das »Annehmen von Amtswegen« d. h. das inquisitorische Verfahren zusammen.

ihm dies nicht möglich, so wird er selbst so lange in das Gefängniss gelegt, bis er die Klage ausgeführt hat (St.-R. § 73, 136 und Anhang V No. II; IV No. I vergl. C. C. B. Art. 18).

3) Die Zuziehung von vier Personen (2 Räthen und 2 Schöffen) zur Folter, die der Schultheiss nach ihren Anweisungen zu leiten hat (St.-R. § 186 vergl. C. C. B. Art. 57, 59, 107).

4) Die Zulässigkeit einer Ansprache im freundlichen Rechte nach Lossprechung von der Peinlichkeit (St.-R. § 157, 158 vergl. C. C. B. Art. 163, 181, 226).

5) Die Grundsätze über das Geleit (St.-R. § 155, 156), die Schwarzenberg indessen wesentlich modificirt hat. Während nämlich früher der vergeleitete Thäter wieder unberührt in sein Asyl zurückgebracht werden musste, auch wenn es ihm nicht gelungen war, seine Unschuld oder Entschuldigung auszuführen, ist dieses Vergeleiten »zu Recht und gegen Recht« in der C. C. B. aufgehoben und die Ertheilung des Geleits zu und vom Recht nur noch »fur Gewalt« (d. h. gegen einen Ueberfall seitens des Beschädigten oder seiner Freundschaft) gestattet (C. C. B. Art. 242 vergl. Art. 246, 270, 271).

6) Die Grundsätze über den Frieden der Freistätten (Muntaten) (St.-R. § 69 ff. vergl. C. C. B. Art. 207).

7) Die Nothwendigkeit von Fürsprechen (Anhang II vergl. C. C. B. Art. 101, 102), endlich

8) Die Urtheilsformeln (Anhang II § 30—33 vergl. C. C. B. Art. 219).

Nur eines verdient noch besondere Erwähnung, die Behandlung der gestohlenen und geraubten Sachen. Die in Art. 268 ff. über diesen Gegenstand entwickelten Grundsätze sind — siehe unten § 8 — keine anderen, als die des deutschen Vindications- oder des sog. Anfangsprocesses und wurden von Schwarzenberg mit Ausnahme des Art. 268 Abs. 1 u. 2 (C. C. C. Art. 208, 209 Anfg.), welchen er der Nürnberger Reformation verdankt, den sorgfältigen und eingehenden Ausführungen des Bamberger Stadtrechts (§ 110 ff.) entnommen. Als Repräsentanten der Mobilien, deren Vindication der Anfangsprocess zum Gegenstande hat, nennt das Bamberger Stadtrecht immer das »phert.«

Für die Verwandtschaft der Bestimmungen über gestohlene und geraubte Sachen im Bambergischen Stadtrechte und in der C. C. B. ist daher die Illustration der letztern sehr bezeichnend: Es stellt dieselbe ein Pferd auf offener Strasse dar, welches der Kläger beim Zügel ergreifend »anfängt«, indem er zum Richter die Worte spricht:

»betreten habe ich das mein,
»schafft mir das als es soll sein.«

Die C. C. B. hat also immerhin eine stattliche Reihe von Artikeln dem Stadtrechte zu verdanken; aber vergebens wird man darunter solche suchen, die irgend eine wichtige Neuerung enthaltend der C. C. B. den Namen eines epochemachenden Gesetzes haben erwerben helfen.

Was das Bambergische Stadtrecht der C. C. B. geboten hat, ist nach seiner Quantität nicht unbedeutend, wohl aber nach seiner Qualität. Es beschränkt sich vorwiegend auf Formalien des Strafverfahrens, Formalien, deren Bedeutungslosigkeit am besten daraus hervorgeht, dass sie von der C. C. C. zum Theil aufgegeben wurden, wie der Mordachtsprocess, und die überdies von selbst auf das bamberger Recht als ihre Quelle hinweisen.

§ 4. 2) Die Reformation des Domdechaneigerichts von 1463 und die Erklärung desselben von 1488[1].

Literatur.

M. H. Schuberth, Historischer Versuch über die geistliche und weltliche Gerichtsverfassung des Hochstifts Bamberg. Erlangen 1790. S. 49 ff.

Rosshirt, Geschichte und System des Strafrechts. I. S. 128 ff.

Das Domdechaneigericht zu Bamberg, vor welchem die geistlichen Leute schon nach Ausweis des Stadtrechts (§ 30, 33, 34) ihren regelmässigen Gerichtsstand hatten, erhielt in einem verhältnissmässig kurzen Zeitraume aus der Hand der bamberger Bischöfe zwei Gerichtsordnungen, die erste im Jahre 1463 von Bischof Georg, zu der Bischof Heinrich 1488 eine Erklärung gab, eine zweite im Jahre 1508[2].

Die Reformation von 1463, die für uns allein in Betracht kommen kann, hat zur Hauptquelle eine im Jahre 1447 von Bischof

1) die Reformacion des gerichts der dechaney des thumbstiffts zu Bamberg durch den hochwirdigen inn gott vatter vnnd herren herrn Georgenn bischoff zu Bamberg gemacht vnnd geordenett, vonn latein in teutsch bracht.

Ordnung vnd Erklerung der Reformacion des gerichts der dechaney des thumbstiefts zu Bamberg: durch den hochwirdigen in gott vatter vnd herrn herrn Heinrichen bischof zu Bamberg gemacht vnd geordent. Von latein in teutsch bracht.

Diese beiden Stücke, sowie eine Reihe 1491 gefasster Synodalbeschlüsse befinden sich in einem mir von der bamberger kgl. Bibliothek zugekommenen kleinen Foliantband (Ra II, 38) angebunden an eine Predigtsammlung des Magister Paulus Evanus und umfassen zusammen 11 Folioblätter. Es sind Drucke.

Ich erhielt dieselben noch im Manuscript. Die Handschrift der Reformation enthält 55 Folioseiten, die der Erklärung 11; beide sind einem auf der kgl. Bibliothek zu Bamberg befindlichen Exemplar einer C. C. B. v. 1580 (Rc II, 12) beigebunden; die D.-G.-O. sowie ihre Erklärung ist in Artikel eingetheilt, die erste hat deren 42, die letztere 15.

2) Zöpfl S. 100.

Gottfried von Würzburg erlassene Reformation der geistlichen Gerichte [1]) und gibt vorzugsweise Bestimmungen über die Befugnisse und Pflichten des Dechanten, des Offizials und anderer Gerichtspersonen, über die Competenz des Gerichts (Art. VIII) [2]), endlich über das an diesem stattfindende Verfahren.

Das letztere richtet sich natürlich ganz nach den Grundsätzen des canonischen Rechts, auf das auch im Tit. XI (»nach ordnung der heyligen recht«) ausdrücklich Bezug genommen wird. Es ist durchaus schriftlich: der Dechant und der Offizial dürfen nach Art. V in einem hängenden Streite, besonders in einem schweren und wichtigen, keine Handlung vornehmen ohne Beisein eines »offenbaren Schreibers«, der alles vor Gericht Vorgefallene »getrewlich« aufzuschreiben hat, damit sich der Gang des Processes, so es Noth sein würde, genau aus den Akten ersehen lasse. Das Verfahren in Strafsachen, das die D.-G.-O. ausschliesslich hervorhebt, ist das inquisitorische. Wenn sich in einem Rechtshandel »swere vnd dapfere beswernusse oder zweyffelung des rechten« ergeben, so soll sich der Dechant oder der Offizial mit Eröffnung der Partheivorträge an einige in Bamberg wohnende Rechtsgelehrten wenden (Art. XII) [3]). Bemerkenswerth ist endlich, dass die Erklärung der Reformation des Domdechaneigerichts im Art. XIV nicht allein die ihr und der Reformation, sondern auch die »gemeinen Rechten« widerwärtigen Gebräuche abgeschafft wissen will.

Was nun den Quellenwerth der Reformation und ihrer Erklärung betrifft, so behauptet Rosshirt, es unterliege keinem Zweifel, dass sowohl die im Jahre 1503 verfasste Landgerichtsordnung als die vier Jahre später gegebene H.-G.-O. aus ihr geschöpft hätten.

Weder das Eine noch das Andere kann zugegeben werden.

Für die L.-G.-O. von 1503 und für die C. C. B. möchte ich die Domdechaneigerichtsordnung nur insofern als Quelle gelten lassen, als die Verfasser beider die jener geläufige Rechtssprache und Terminologie zum Theil festgehalten und das Verfahren sowie die Einrichtungen, die durch die Reformation theils eingeführt theils ausgebildet wurden, bei ihren Arbeiten selbstverständlich vor Augen gehabt haben. Einige Anklänge zwischen der D.-G.-O und der C. C. B. lassen sich indessen nicht in Abrede stellen:

1) Abgedruckt bei Schneidt, Thesaurus juris franconici II. St. XXV. S. 540 ff.

2) Schneidt a. a. O. S. 546. Abs. 1.

3) Das Gleiche bei Schneidt a. a. O. S. 545.

1) Das Verfahren von Amtswegen darf nur eintreten gegen eine Person, »die mit einem Laster oder einer sunderlichen That offenlich gerüchtigt oder verflecket oder scheymblichen verdachts were« (Art. X; vergl. C. C. B. Art. 10 Afg).

2) Die Verhörung der Zeugen soll mit grossem Fleisse und mit Vorsicht geschehen und zwar nicht durch unerfahrene Richter oder Notarien, sondern durch gelehrte Leute, die überdies den Partheien unverdächtig sind.

Auch Schwarzenberg vertraut das Zeugenverhör nicht dem »Panrichter«, sondern den weltlichen Räthen des Bischofs an. C. C. B. Art. 81. —

§ 5. 3) Die Reformation des Hofgerichts von 1497 [1] und die Hofgerichtsprotokolle.

Literatur.

Rosshirt, Geschichte und System des Strafrechts I. S. 128.
Zöpfl, Das alte Bamberger Recht. S. 88.
Seitz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. II. 1863. S. 435 ff.
Derselbe in der Augsburger Allg. Zeitung. 1863. No. 230.

Das fürstliche Hof- oder Salgericht zu Bamberg, das ursprünglich ausschliesslich ein Mannengericht und Lehnshof war, bald aber für alle Civilsachen der Vasallen competent geworden zu sein scheint, erlangte gegen Ende des 15. Jahrhunderts, ohne seine bisherige Competenz aufzugeben, die viel bedeutsamere Stellung eines Appellhofes für das ganze bischöfliche Territorium. Nach Ausweis der bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts zurückreichenden Hofgerichtsprotokolle erscheint es als zweite Instanz nicht nur für zahlreiche geistliche Gerichte und für die verschiedenen Stadtgerichte des bamberger Gebiets, sondern auch sogar für das Landgericht. Es wurde immer am bischöflichen Hofe abgehalten und hatte zu seinem Vorsitzenden den bischöflichen Hofmeister.

Die neue Stellung, die das Hofgericht in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts einnahm, erkennen wir am deutlichsten aus der Re-

1) Sie liegt vor mir im Manuscript, angebunden an eine Ausgabe der C. C. B. von 1580; dasselbe führt bloss die Aufschrift »Hofgerichtsordnung«, während eine andere auf dem kgl. Kreisarchive zu Bamberg befindliche, mir ebenfalls durch eigene Einsicht bekannte Handschrift den Titel führt: Hoffgerichts Reformation durch weilanndt den hochwirdigen fürsten vnnd herrenn herren Heinrichen bischofen zu Bamberg Anno 1497 vffgericht. Das letztgenannte Manuscript zählt 17 Folioseiten, das mir von der kgl. Bibliothek zu Bamberg zugekommene 14. — Vergl. Geib im Archiv des C.-R. 1845. S. 114 Note 16.

formation, die es 1497 von Bischof Heinrich empfing. Dieselbe beschäftigt sich, der nunmehrigen Thätigkeit des fürstlichen Gerichtshofes vollkommen entsprechend, lediglich mit einer Regelung des Appellationsverfahrens[1]. Was wir ausserdem aus ihr erfahren, besteht etwa darin, dass das Gericht wöchentlich dreimal tagt und dass es ständig sowie ausschliesslich mit Räthen besetzt ist.

Von einer vielfach ähnlichen Terminologie abgesehen, ist der Quellenwerth der Hofgerichtsreformation für die C. C. B. gleich Null.

Von der Thätigkeit des Hofgerichts besitzen wir eine fast unabsehbare Menge urkundlicher Zeugnisse, die Hofgerichtsprotokolle, deren Existenz erst 1863 durch zwei Veröffentlichungen von Seitz bekannt geworden ist[2].

Dieselben beginnen mit dem Jahre 1500 und reichen von da bis zum Anfange des laufenden Jahrhunderts, bieten also die Möglichkeit, den jeweiligen Stand einer Jahrhunderte langen, unter geschichtlich bedeutsamen Verhältnissen[3] vorwärts schreitenden Rechtsentwicklung zu verfolgen. Ein besonderes Interesse knüpft sich aber an die ersten Bände der Hofgerichtsprotokolle oder, wie die Aufschrift auch lautet, des Hofgerichtsbuches: in ihnen befindet sich nämlich eine nicht unbeträchtliche Reihe von Urtheilen, bei denen Schwarzenberg, im Jahre 1501 bereits bischöflicher Hofmeister, selbst als Vorsitzender mitgewirkt hat, wie dies der am Fusse jener Urtheile von dem Gerichtsschreiber eingetragene Name «herre Johans, herre zu Swartzenberg hoffmeister« deutlich beweist.

Auf diese hat denn auch Seitz vor Allem die Aufmerksamkeit hinlenken wollen. Nach seinen Ausführungen durften wir an die ersten zwei Bände des Hofgerichtsbuchs, die sich über den Zeitraum von 1500—1508 erstrecken, mit der Hoffnung herantreten, aus ihnen ein wenn auch unvollständiges Bild der strafrechtlichen Praxis zu gewinnen, die unmittelbar vor dem Erscheinen der C. C. B. in Bamberg bestand und die desshalb von Schwarzenberg wahrgenommen und unverändert oder verbessert in sein Gesetzbuch übertragen werden musste. Möglich auch, dass sich auf diesem Wege ganz neue Gesichtspunkte für eine Beurtheilung des Verhältnisses der C. C. B. zum bamberger Rechte ergaben![4].

1) Auf Bl. 5b. (Mscpt. der kgl. Bibliothek) nimmt die Hofgerichtsordnung ausdrücklich Bezug auf die Ordnung des Kammergerichts v. 1495.

2) Sie befinden sich jetzt im bamberger Kreisarchiv.

3) Man denke ausser der C. C. B. an den epochemachenden libellus consuetudinum principatus Bambergensis von Justus Veracius.

4) Vergl. Stobbe, Rechtsquellen I, 2. S. 244 Note 31.

Leider wurde diese Erwartung bitter getäuscht. Die von mir eingesehenen Bände [1]) der Hofgerichtsprotokolle erwiesen sich trotz einer genauen Durchsicht so arm an Strafurtheilen, und die wenigen, die sich in ihnen vorfanden, waren überdies von so untergeordneter Bedeutung, dass sie unsere Untersuchung in keiner Weise zu fördern vermochten.

Aus dem Gerichtsbuche für die Jahre 1500—1504 hat Seitz die weitaus interessantesten Rechtsfälle bereits mitgetheilt [2]). Sie enthalten, wie er sagt, Compositionen in Tödtungsfällen und lassen einen Schluss auf die Blüthe des Compositionensystems noch unmittelbar vor dem Erlasse der C. C. B. und demzufolge auf die durchgreifenden reformatorischen Verdienste Schwarzenbergs zu.

Meines Erachtens hat Seitz diese Urtheile ganz falsch aufgefasst.

Die Geldstrafen, die in den Urtheilen sub I und III, die begangenen Todtschläge »zu pussen vnd zu pessern«, auferlegt werden, sind bürgerliche Strafen, zu denen das Hofgericht die betreffenden Todtschläger erst verurtheilte, nachdem sie an einem anderen Gerichte bereits von peinlicher Strafe losgesprochen worden waren.

Sowohl nach dem Bamberger Stadtrechte (§ 157) als auch nach der Landgerichtsordnung von 1503 [3]) war nämlich der Todtschläger, wenn er vor seinem Gerichte von peinlicher Strafe ledig gesprochen und ihm der Friede gebannt wurde, von einer Ansprache im bürgerlichen (freundlichen, bescheidenen) Rechte desswegen noch nicht befreit. Die Composition in diesem Sinne d. h. die bürgerliche Geldstrafe, die ausgesprochen wurde, wenn man von einer peinlichen Strafe absehen zu müssen glaubte, hat Schwarzenberg so wenig abgeschafft, dass er sie vielmehr bestätigte (vergl. C. C. B. Art. 171, 181, 226); sie war noch im 17. Jahrhundert gebräuchlich und bestand theils aus einer Entschädigungssumme, die der von der peinlichen Strafe Losgesprochene dem Beschädigten oder dessen Freundschaft zahlen musste, theils aus einer Strafsumme, welche an den landesherrlichen Fiscus zu entrichten war. Die Gerichte behielten diese fiscalische Strafe in dem Endurtheile ausdrücklich vor [4]), empfahlen indessen den Verurtheilten wegen Nach-

1) Es sind deren zwei, der eine umfasst die Jahre 1500—1504, der andere die Jahre 1484—1487; Seitz kannte die Existenz des letztern nicht. Der Band von 1504—1508, den Seitz noch in der Hand hatte, ist unterdessen verloren gegangen.

2) Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. II. S. 443 ff. Hinzuzufügen wäre etwa noch ein Urtheil auf fol. 200 b desselben Bandes, wo Heinz Zeiern wegen Entleibung von Heinz Birchner zu einer Busse von 100 fl. rheinisch verurtheilt wird.

3) S. den folgenden §.

4) So das von Seitz sub I angeführte Urtheil: ». meinem gnedig hern von Bamberg hirin allenthalben seiner gnaden oberkeit vorbehalten«.

lasses derselben nicht selten der fürstlichen Gnade. — Der Art. 181 der C. C. B. kann uns über das Behauptete nicht mehr im Zweifel lassen: er sagt: Wenn der Beklagte, der wegen eines unleugbaren Todtschlages angenommen worden ist, soviel Entschuldigungsgründe vorgebracht hat, »das er mit recht nit peynlich gestrafft werden sölte, Alsdann sölle dieselbig sach zwischen bedenteylen burgerlich gerechtuertigt werden vnd die partheyen vnserm Amptman oder Richter pflicht vnd notdurfftigen bestalt thun, sölchen ausstrag vor unsern Reten zunemen vnd zugeben endtlich vnd on all wegerung«. — »Vor unsern Reten« d. h. vor dem Hofgerichte. Die Urtheile I u. III bilden also eine hübsche Illustration zu C. C. B. Art. 181.

Den von Seitz mitgetheilten Rechtsfällen möchte ich aus dem Hofgerichtsbuche von 1500—1504 nur noch zwei hinzufügen.

Das Urtheil für den ersten Rechtsstreit (Braun contra Holfelder), dessen Gang wir auf fol. 88, 90, 94, 101, 105, 107, 125 a. b, 140, 142, 145, 155, 164 a. b, 181, 185, 187, 198, 204, 206, 230, 232, 244, 250, 253, 255 verfolgen können, lautet auf fol. 244 b folgendermassen: »In den sachen zwischen pangrazen Braun eins vnd Jeremien holfelder anderteils ist nach allem fürpringen zu recht erkannt, das holfelder gesprochen vrteilen nach nit bewiesen hab, das Braun einen falschen verlogen meyneyd geswôrn hab, darvmb so sey holfelder dem Braun vmb die zugefügtenn smehe mit einer summ gelds nach messigung der Rete abtrag zu thun schuldig. Conclus. et publicat. am Donnerstag nach Oculy anno etc. 4° (1504)«.

In Folge dieses Urtheils legt Braun am Freitag nach Cantate 1504 beim Hofgericht eine Bitte um Abschätzung der von Holfelder zu leistenden Entschädigung ein (f. 253 b), die am Donnerstag nach Exaudi von den Räthen auf 31 Gulden (zahlbar in einem Monat) festgesetzt wird (f. 255 b).

Das auf f. 7 b befindliche Urtheil für den zweiten Rechtsfall (Franck contra Trautner), das am Donnerstag nach Purific. Mar. 1501 gefällt wurde und das ich nur als Repräsentanten einer ganzen Anzahl ähnlicher im Hofgerichtsbuche enthaltener Entscheidungen anführe [1]), geht dahin, es solle der Beklagte Trautner dem Kläger Franck Nichts mehr schuldig

1) Ganz gleich lautet z. B. auf f. 156 das Urtheil für den Rechtsstreit Tulp c. Markschorgast vom Donnerstag nach Oculi 1501. — Von Interesse ist auch das Urtheil auf f. 31 b Kempf c. Kerlingin und Hornung c. Kempf vom Samstag nach Mar. Magdal. 1501.

sein, wenn er mit seinem Eide betheuern könne, dass er den Franck nicht aus Neid oder Hass habe gefänglich annehmen lassen.

Aus diesen beiden Urtheilen ergibt sich einmal in formeller Beziehung, dass die Abschätzung der durch den Process verursachten Kosten sowie der Geldbusse, die der Beklagte von dem sachfälligen Kläger verlangen konnte, bereits vor der C. C. B. zur ausschliesslichen Competenz des Hofgerichts gehörte, sodann dürften dieselben, was wichtiger ist, die bekannte Streitfrage[1], ob die C. C. B. bezw. die C. C. C. bei wissentlich falscher Anklage die Talion zulasse oder nicht, einer bestimmten Entscheidung nahe bringen.

Welche Rechtsfolgen das Hofgericht, also das Gericht, aus dessen Schooss gewissermassen die C. C. B. hervorging, unmittelbar vor der Publication der H.-G.-O. an die Nichtdurchführung einer peinlichen Klage überhaupt und damit auch an die eigentliche Calumnie knüpfte, kann nach den mitgetheilten Urtheilen nicht zweifelhaft sein.

Nach der Ansicht des Hofgerichts führte die Sachfälligkeit des Klägers in keinem Falle zu peinlicher, sondern immer nur zu bürgerlicher Strafe; die letztere erschien ihm dabei wie dem Verfasser der C. C. B. als eine Busse für die Beleidigung (»smehe«) welche der Kläger dem ungerecht Beklagten wenigstens objektiv betrachtet zugefügt hatte.

Im Einzelnen aber unterschieden die Räthe nach subjektiven Rücksichten weiter, ob die Anschuldigung sei es eine wirklich böswillige, sei es eine frivole war oder nicht. Stellte der Kläger mit seinem Eide in Abrede, die Klage aus Neid oder Hass angestellt zu haben, und fand das Gericht, dass er auch nicht aus Leichtsinn oder Muthwillen zu derselben geschritten war, so sah es sogar von einer bürgerlichen Strafe gegen ihn ab. Im entgegengesetzten Falle wurde der Kläger zu einer Geldbusse verurtheilt, deren Höhe offenbar von dem Grade der von ihm bewiesenen Böswilligkeit oder Leichtfertigkeit, vielleicht auch von dem Charakter der mit Unrecht bezichtigten Person abhing.

Nach dem Vorstehenden kann die Ansicht von Böhmer, Wächter und Anderen[2], welche mit Berufung auf Art. 79 und 128 der C. C. B. (C. C. C. Art. 68 und 107) behaupteten, die C. C. C. habe für die eigentliche Calumnie die Strafe der Talion festsetzen wollen, unmöglich bestehen. Beide Gesetze haben vielmehr für die Calumnie nicht bloss die Talion, sondern überhaupt jede peinliche Strafe ausgeschlossen

1) Ueber sie Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht. S. 42.

2) S. Köstlin, Abhandlungen. S. 42 Note 4.

und dieselbe lediglich unter den Gesichtspunkt einer Injurie gestellt. Die C. C. B. will im Art. 19 und 20 (die C. C. C. im Art. 12) über die Folgen der Sachfälligkeit des Klägers eine erschöpfende, nicht bloss auf den bürgerlichen Abtrag [1]) bezügliche Bestimmung geben, und diese Bestimmung geht dahin, dass die Nichtdurchführung einer peinlichen Anklage in allen Fällen nur bürgerliche Strafe nach sich ziehe.

Es ist dies ein Resultat, durch das sich die C. C. B. allerdings in den schärfsten Gegensatz zum alten bamberger Rechte gesetzt hat, denn das Stadtrecht (§ 138) setzt auf die »Eiferung des Halsgerichts« d. h. auf die absichtlich falsche Anklage ausdrücklich die Strafe der Talion [2]). Die Milde der C. C. B. und der Praxis am Hofgerichte [3]) gegenüber dem alten Rechte begreift sich indessen leicht, wenn man bedenkt, dass eine Abschwächung der harten Folgen, die mit der Nichtdurchführung einer Anklage verbunden waren, sich nach Aufnahme des Inquisitionsprocesses als das einzige Mittel erwies, um einer Abnahme oder dem gänzlichen Verschwinden der Privatanklagen vorzubeugen. Wollte man gar, wie dies Schwarzenberg in der C. C. B. gethan hat, den Accusationsprocess immer noch als die Hauptform des Verfahrens in Strafsachen beibehalten, so blieb nichts Anderes übrig, als die peinliche Bestrafung des Klägers in allen Fällen seiner Sachfälligkeit aufzugeben und mit derselben lediglich bürgerliche Rechtsfolgen (Bussen) zu verbinden.

Gerade »um vom Anklagen nicht abzuschrecken« war man in Deutschland bereits unter der Herrschaft des Accusationsprocesses dazu gekommen, die Talionstrafe für die Calumnie auf den schwersten Fall dieses Deliktes zu beschränken [4]). In Italien und Frankreich hatte dieser Grund zur gewohnheitsrechtlichen Abschaffung der bei der accusatio erforderten subscriptio in poenam talionis geführt [5]); schon Albertus Gandinus [6]) bezeugt, dass dieselbe in der Praxis nicht mehr beachtet

1) Heffter, Lehrbuch. 5. Aufl. § 406 Note 6 und Feuerbach, Lehrbuch 14. Aufl. § 429 Note 2.

2) Vergl. Zöpfl S. 119. Was er S. 120 über § 214 des Stadtrechts sagt, ist nicht richtig.

3) Auch nach der L.-G.-O. v. 1503 Tit. 14 ist der sachfällige Gegner dem Inzichter nur zum Ersatz von Kosten und Schäden verpflichtet.

4) Vergl. Köstlin in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. XV. 1855. S. 398.

5) Angelus Aretinus. tract. de maleficiis Gl. et ad querelam n. 5 u. Augustinus ibid. J. Clarus. Sent. recept. lib. V, § fin. qu. 12 n. 17; qu. 81 n. 3.

6) libellus de maleficiis Rub. qualiter f. acc. n. 6 cf. Rub. qui accus. poss. n. 38.

werde, wie er meint, mit Recht, quia pauci homines invenirentur qui se vellent obligare ad talem poenam s. talionis, quoniam posset reus absolvi, vel quia plene maleficium non esset probatum, vel propter imperitiam advocati vel iudicis et sic timore poenae subscriptionis multa maleficia remanerent impunita, quod esse non debet.

Schliesslich muss darauf hingewiesen werden, dass die Disposition der C. C. B. Art. 19 und 20 keineswegs vereinzelt dasteht, sondern in einer Bestimmung der Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 8, »zum sechsten«) ihren unzweifelhaften Vorgang hat[1]. Auch dort involvirt die Nichtdurchführung einer Anklage eine Beleidigung des Beklagten, die in allen Fällen nur bürgerlich gestraft wird[2].

§ 6. 4) Die Reformation des Landgerichts von 1503[3].

Literatur.

Schuberth, Historischer Versuch. S. 162 ff.
Rosshirt, Geschichte und System des Strafrechts. I. S. 118 ff.
Zoepfl, Das alte Bamberger Recht. S. 89 ff. und 150 ff.
Geib im Archiv des C.-R. N. F. 1845. S. 114.
Stobbe, Rechtsquellen I, 2. S. 261.

Die reformirte Landgerichtsordnung v. 1503 steht im Zusammenhang mit einer von Bischof Veit im selben Jahre durchgeführten Reorganisation des Landgerichts.

1) Köstlin a. a. O. S. 397 Note 149 hat mit Unrecht den erschöpfenden Charakter dieser Bestimmung bezweifelt und behauptet, sie beziehe sich nur auf frivole und unvorsichtige Anklagen. Ihre Entstehung beweist das Gegentheil. Der Tit. 18 der Wormser Ref. (Bch. 6, Th. 2) ist nämlich, so weit er vom Inhalte des Libells spricht, eine Uebersetzung von Gandinus Rub. qualiter f. accus. n. 3, die von ihrem Originale nur insofern abweicht, als sie die dort als Theil des libellus geforderte subscriptio in poenam talionis weglässt und mit dem Versprechen des Klägers ersetzt, im Falle des Unterliegens dem Beklagten Besserung und Erstattung zu thun. Hätte sie nun die Talion oder überhaupt eine peinliche Strafe für besondere Fälle der Sachfälligkeit beibehalten wollen, so würde sie dies sicherlich bemerkt haben.

2) Man sehe auch Tenngler's Layenspiegel. Th. III, von rechtuertigung vnd verclagen der übelthätter Bl. 195b.

3) Dieselbe liegt mir in zwei Exemplaren vor, im Manuscript und im Druck. Das Manuscript bildet den Schluss von mehreren Handschriften, die einem auf der kgl. Bibliothek zu Bamberg befindlichen (mit Rc II, 12 signirten) Exemplare der reformirten C. C. B. von 1580 beigebunden sind; es enthält 20 Folioseiten, am Ende fehlen mehrere Blätter. Der Druck umfasst 12 kleine Folioseiten und ist wahrscheinlich von Hans Pfeyll (s. Zöpfl S. 8). Er hat noch einen handschriftlichen Anhang von 2 kl. Folioseiten. Derselbe gibt offenbar Ergänzungen zur L.-G.-O.; aus welchem Jahre er stammt, ist nicht ersichtlich. Der erste Absatz ist überschrieben »in Sachen persönlicher Spruch« und steht in Beziehung zu Tit. 9 der

Sind Zöpfls Untersuchungen über die wechselnden Schicksale dieses Gerichtes zutreffend, so hatte es bereits im 14. Jahrhundert durch eine wirksame Concurrenz des Zentgerichtes, welches durch den vereinigten Einfluss verschiedener Faktoren zu einem eigentlichen Criminalgerichte über gemeinfreie Leute emporgestiegen war, seine frühere Bedeutung so sehr verloren, dass es von den letzteren nur dann noch angerufen zu werden pflegte, wenn sie sich bei der Zente zu einer querela protractae vel denegatae justitiae veranlasst sahen. In diesem Verhältnisse, das während des ganzen 15. Jahrhunderts bestand, trat nun durch die Reorganisation des Landgerichts im Jahre 1503 ein gänzlicher Umschwung ein: die Zente wurde wieder das, was sie früher gewesen war, eine niedere, auf die Voruntersuchung eigentlicher Criminalsachen beschränkte Behörde und die Fällung des Criminalerkenntnisses fiel von Neuem dem Landgerichte zu.

Dem so restaurirten Landgerichte gelten die Bestimmungen unserer L.-G.-O. Sie erstrecken sich der Hauptsache nach über die Verfassung und Competenz des Gerichts sowie über das an ihm stattfindende Verfahren und verrathen bereits einen bedeutenden Einfluss des römischen Rechts (»der geschrieben Rechte«). Es wird nicht nur seine Gültigkeit im Tit. 14 ausdrücklich anerkannt, sondern auch mit seinen Begriffen (litis contestatio, SCtum Velleianum u. s. w.) fortwährend operirt und das deutsche Verfahren mit römischem Namen belegt [1].

Nicht unbemerkt will ich lassen, dass die Bambergische L.-G.-O. von 1503 die Grundlage der von dem Dechanten Thomas vom Stein abgefassten »Neuen Reformation des Landgerichts des Herzogthums zu

L.-G.-O. Er bespricht das Verfahren bei der Pfändung von Mobilien gegen einen vom Gerichte wegen Schuld, Scheltwort, Beschädigung und dergl. Händel Verurtheilten. Der zweite Absatz spricht von der Pfändung liegender Güter. Den Schluss bilden 2 Formulare für die Aussprechung der Acht und Oberacht. Dieselben sind viel nüchterner gehalten als das in der C. C. B. Art. 241 befindliche, welches dem ausdrucksvollen und drastischen Aechtungsformular in der Ordnung des Kampfrechts am würzburger Landgerichte (bei Schneidt, Thesaur. jur. franconici. II. St. XXVII. S. 601 auch bei Zöpfl, Rechtsgeschichte. III. 1872. S. 424. Note 24) ruhig an die Seite gestellt werden darf.

1) Wenn der wegen Liegenschaften Beklagte auf den ersten Termin nicht erscheint, so wird der Kläger in die Güter eingewiesen, es wird ihm Anleit gegeben. Vom Tage des geschehenen Anleits an hat der Beklagte noch 6 Wochen und 3 Tage Zeit, um »diesen Anleit wieder zu nehmen«, lässt er diese Frist verstreichen, so wird auf Anrufen des Klägers »aus der ersten Erkenntnus und Gepot, zu latein ex primo decreto genannt«, procedirt und der Kläger in den Besitz der Güter eingewiesen; verscheint nun noch ein Jahr, so wird letzterer ex secundo decreto in die Gewere derselben eingesetzt (Tit. 10, vergl. damit die Wormser Reformation Bch. 3, Th. 1, Tit. 33 und 34).

Franken« von 1512 [1]) gebildet, also zu ihrer Zeit, wie es scheint, einiges Ansehen genossen hat. —

Das Landgericht wird nach Tit. 1 der L.-G.-O. mit einer aus dieser nicht ersichtlichen Zahl [2]) von Edelleuten, mit 2 Bürgern, »so nit hantwerk treiben noch mit der Ellen oder Maass messen«, mit einem Landrichter, einem Anleiter und einem Inzichter besetzt.

Dem Anleiter, einem Mann von Adel, kommt die Vollstreckung der Civilurtheile zu, welche eine immissio in possessionem verfügen [3]). Welche Funktionen dem Inzichter oblagen, lässt sich mit Sicherheit nicht sagen, da die L.-G.-O. ihn zwar unter den zum Gerichte gehörigen Personen nennt [4]), weiter aber über ihn kein Wort mehr verliert. Sein Amt wird um so räthselhafter, als das Wort Inzichter sowohl in den von Rosshirt [5]) mitgetheilten Landgerichtsprotokollen aus dem 15. Jahrhundert als in den bei Zöpfl [6]) abgedruckten Relationen aus dem 17. Jahrhundert den Inculpaten bezeichnet, der als Diffamatus (Beinzichtigter) freiwillig vor Gericht auftritt, um seine Unschuld auszuführen, und dadurch den sog. Inzichtsprocess provocirt. Zöpfl [7]) sieht in dem Inzichter den Beamten, der dem Anleiter analog (?) mit der Leitung der Tortur betraut war. Derselbe dürfte indessen viel eher derjenige Beamte gewesen sein, dem, wie dem Schultheissen am Stadtgericht und dem Fiscal am Hofgericht, das Klagen von Amtswegen am Landgerichte oblag. Da diese Funktion kein selbständiges Amt bildete, sondern in der Regel einem Mitgliede des Gerichts übertragen wurde, so erklärt es sich, warum die L.-G.-O. des Inzichters nicht weiter gedenkt, so wie

1) Angeführt bei Stobbe, Rechtsquellen. I, 2. S. 367, abgedruckt bei Schneidt, Thesaurus juris franconici. II. St. XLII, S. 783; nur der § 27 derselben betitelt »von Bitzigk«, der das Inzichtsverfahren regelt, ist nicht der L.-G.-O. v. 1503 entnommen; derselbe ist nichts Anderes als die 1470 von dem würzburger Bischofe Rudolf publicirte Satzung über »Beitzig oder verleumutung, wa vnd welcher gestalt die furgenommen vnd geörtert werden sollen« abgedruckt bei Rockinger, über fränkisch-wirtzburg. Zentbücher in den Sitzungsberichten der philos.-philol. und histor. Classe der kgl. b. Akademie zu München. Bd. II. 1872. S. 163, auch bei Schneidt a. a. O. II. St. XXXV, S. 735.

2) Dieselbe kann auf Ansuchen des Landrichters aus den Räthen, Amtsleuten oder andern bischöflichen Beamten vom Adel vermehrt werden. Tit. 1.

3) Schuberth, Beilage 8, vergl. den wörtlich übereinstimmenden § 6 der Reformation des L.-G. zu Franken. Schneidt a. a. O. S. 727.

4) Tit. 1 ». . . . vnd bestellen das landgericht mit verstendigen vnd vernünftigen Edelleuten, die rittermässig vnd wappensgenoss, desgleichen mit einem Anleiter vnd inczichter«.

5) Geschichte und System. I. S. 125.

6) Bamberger Recht § 7.

7) a. a. O. S. 94.

auch, dass sie für ihn im Gegensatze zu den übrigen Gerichtspersonen (Landrichter, Urtheiler, Landschreiber, Unterschreiber, Anleiter) kein besonderes Eidesformular aufführt.

Die Competenz des Landgerichts ist in Tit. 6 mit folgenden Worten bestimmt:

»Item das lantgericht sol in allen sachen burgerlichen vnd peinlichen, heblichen vnd persönlichen, auch vmb frevenlich oder gewaltig beschedigung an leib, ere oder gut zu richten haben. Doch soll vnser lantrichter vnd lantschreiber darob sein, das vmb leichtscheczig vnd gering sachen kein Ladung gegeben, sunder geweist sollen werden. wurd aber dem Cleger vmb solich geringscheczig sach vff sein erfordern zwischen dem nechsten lantgericht rechts nit verholffen vnd der Cleger das im lantgericht mit seinem Eyd anzeygt, alsdann solt dieselbig Clag am lantgericht wie sich gepürt angenommen werden«.

Demnach gehört die querela protractae vel denegatae justitiae auch jetzt noch zur ausschliesslichen Competenz des Landgerichts.

Das Verfahren ist durchaus schriftlich (Tit. 16). Das Urtheil wird gefällt durch Stimmenmehrheit, bei Gleichheit der Stimmen »tut der lantrichter einen zufall« d. h. er hat ein Decisivvotum (Tit. 1). Mit der ausdrücklichen Anerkennung der praktischen Gültigkeit des römischen Rechts (Tit. 14), von dessen Anwendung wir oben ein Beispiel gaben, und mit der Schriftlichkeit des Verfahrens steht im Zusammenhang die Vorschrift des Tit. 18, in allen Sachen, in denen die Urtheiler Zweifel hätten, bei den Gelehrten Rath zu suchen. Hierin liegt offenbar der Vorgang für das Verweisen der Schöffen an die rechtsgelehrten bischöflichen Räthe, dem wir in der C. C. B. auf Schritt und Tritt begegnen.

Dass die C. C. B. das Rathholen bei den Rechtsverständigen ungleich häufiger vorschreibt als die L.-G.-O., so häufig, »wie etwa eine gute Hebammenordnung den Hebammen die Beiziehung eines gelehrten Geburtshelfers zur Pflicht macht[1]«, erklärt sich leicht aus der geringeren Bildung der Schöffen. Zwar waren die Urtheiler am Landgericht sicherlich auch keine Helden in ihrem Fache[2], allein den höheren Ständen angehörig musste ihnen doch eine höhere Intelligenz und Bildung zugeschrieben werden als den Schöffen, »frommen Landleuten und Bürgern«, wie sie das Bamberger Stadtrecht nennt.

1) Dies die Worte Hugo's, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie. 8. Aufl. S. 478.

2) Wächter, Gemeines Recht. S. 20 deutet dies an.

Bei weitem die grösste Wichtigkeit mit Rücksicht auf die C. C. B. hat der Tit. 14 der L.-G.-O. »von entnemung eines leumunds«.

Er regelt das Verfahren in den sog. Leumunds- oder Inzichtssachen und bei der diesen processualisch gleichstehenden Ausführung der Nothwehr oder eines andern Entschuldigungsgrundes (Tödtung »ungeverlicher weis«). Da den hier aufgestellten Grundsätzen durch die C. C. B. keineswegs derogirt worden ist, sie dieselben vielmehr als gültige voraussetzt und sich an sie anschliesst, so müssen sie als zum Verständnisse derselben höchst wichtig bezeichnet werden. Zu einer richtigen Auffassung des landgerichtlichen Inzichtsprocesses ist es nöthig, sich an das zu erinnern, was wir früher (§ 3) über das im Bamberger Stadtrechte enthaltene Verfahren auf Inzicht und Leumund bemerkt haben. Wir sahen dort, dass man einen Menschen, gegen den ein übler Leumund oder Anzeigen vorlagen, verschieden behandelte, je nachdem er Bürger oder Nichtbürger war. Während man einen Bürger in der Regel weder gefangen setzen noch torquiren durfte, sondern zum Reinigungseid zulassen musste, entschloss man sich bei dem Nichtbürger, wenn er gefangen eingebracht wurde, ganz unbedenklich zur Folter.

Die weitere, im 15. Jahrhundert vor sich gehende Entwicklung ist nun so zu denken, dass man nach und nach über die Unterscheidung von Bürgern und Nichtbürgern hinwegging und nur noch den uralten Gegensatz der gefänglichen Einziehung und der freiwilligen Stellung des Thäters in Kraft liess.

Wurde nun Jemand gefangen eingebracht, so warf man ihn, Bürger oder Nichtbürger, auf die Folter, sobald nur der üble Leumund oder die gegen ihn sprechenden Indizien stark genug schienen. — Erbot sich aber der Verleumdete, freiwillig vor Gericht zu kommen und dort seine Unschuld soweit auszuführen, dass ihm der Reinigungseid verstattet und nach dessen Ableistung der Friede gebannt werden konnte, so begann der von der L.-G.-O. geregelte und auch ausschliesslich zur Competenz des Landgerichts gehörige Inzichtsprocess. Dieser Process, der ächt germanische Rechtsgrundsätze mit canonischen Rechtsformen vereinigte, bestand darin, dass der durch einen üblen Leumund oder durch böse Anzeigen Bezichtigte, der Inzichter, wie er in den Landgerichtsprotokollen genannt wird, unter freiem Geleite vor dem Landgerichte erschien und demselben seine Absicht kundgab, sich durch seine »Kuntschaft« oder seinen Eid von dem Leumund zu reinigen. Diese Erklärung wurde dann zu drei Landgerichten über die Schrannen ausgerufen und in der Gemeinde, wo der Beschädigte oder seine Freund-

schaft wohnte, drei Mal von der Kanzel aus verkündet [1]) und so zur »Rechtfertigung des Inzichters« aufgefordert.

Trat nun an dem festgesetzten Termin Niemand gegen den Inzichter auf, so wurde dieser zum Reinigungseid zugelassen.

Stellte sich aber ein Gegner ein, so begann ein regelrechtes Beweisverfahren, dessen Resultat ein doppeltes sein konnte: entweder gelang es dem Gegner, den Inzichter mit Zeugen zu überführen, oder doch dem Gerichte »redlich anzeigen, arkwan oder verdacht, derhalben im recht peinlich frag zugelassen ist« [2]), beizubringen, dann wurde der Inzichter vom Purgatorium zurückgewiesen, er erhielt zum letzten Mal freies Geleit und der siegreichen Parthei wurde aufgetragen, ihre Sache nunmehr am zuständigen Zentgerichte anhängig zu machen — oder aber die gegnerische Beweisführung misslang, dann war der Unterliegende verpflichtet, dem Inzichter »karung vnd wandel zu thun [3])«.

Nach dem Gesagten ist es daher völlig unrichtig, wenn Rosshirt [4]) bemerkt, es wandle sich nach dem Erscheinen eines Gegners das Inzichtsverfahren in einen gewöhnlichen Criminalprocess gegen den Inzichter um. Vor dem Erlasse der C. C. B. musste der Inzichter vielmehr, sogar wenn er von dem Beschädigten oder einem seiner Freunde überwunden wurde, mit sicherem Geleite an den Ort zurückgebracht werden, von welchem aus er zum Gerichte gekommen war. Dies erkennt zwar die C. C. B. nicht mehr an (Art. 242) [5]), wohl aber erscheint bei ihr das dem Inzichtsprocesse zu Grunde liegende Princip, nach welchem gegen keinen, der sich dem Gerichte »ungebunden und ungefangen« gestellt hat, Tortur oder Capitalsentenz erkannt werden kann, immer noch in gleicher Weise wirksam wie früher und das eigenthümliche Verfahren, das dasselbe bedingt, tritt fortwährend mit besonderer Schärfe hervor: den Art. 176 und 177, die vom Exculpationsbeweise des gefangenen

1) Der Inzichter erhielt zu diesem Zweck vom Gerichte einen Proclamationsbrief, den er dem Geistlichen des betreffenden Ortes übergab.

2) Dies die Worte der L.-G.-O. Tit. 14. Zum Zeugenbeweise fordert sie zwei oder drei Zeugen; vergl. C. C. B. Art. 78.

3) Die Reformation des Landgerichts zu Franken § 27 weicht von der L.-G.-O. v. 1503 insofern ab, als sie einem rittermässigen Mann, der »vngebunden vnd vngefangen für Lantgericht kombt vnd sich eines bitzigks benemen will«, ohne weiteres zum Reinigungseid zulässt und das im Text beschriebene Verfahren nur dann anbefiehlt, wenn ein »burger oder gepawermann« unter den gleichen Umständen vor Gericht erscheint.

4) Geschichte und System. I. S. 122; dagegen schon Zöpfl S. 151.

5) Darum zogen es die Inzichter nach dem Erscheinen der C. C. B. vor, bei dem Landgericht durch Procuratoren zu handeln und von einem sicheren Orte aus abzuwarten, ob sie zum Purgatorium zugelassen wurden. Zöpfl S. 152.

Thäters sprechen, stellt sie den Art. 182 entgegen, welcher sich mit der Ausführung der Unschuld desjenigen beschäftigt, der sich zur Verantwortung vor Gericht erbietet, »ee er in gefengknus« kommt; vergl. Art. 244 und 245.

Das oben geschilderte Verfahren konnte der Inzichter, wie bemerkt, auch zur Ausführung der Nothwehr [1]) und zur Entschuldigung einer »ungeverlicher Weis« begangenen Tödtung gebrauchen: er stellte sich dem Gerichte mit sicherem Geleite, genoss desshalb auch während des ganzen Processes persönliche Sicherheit und Freiheit und wurde, wenn man seine Entschuldigungsgründe genügend fand, zum Reinigungseide zugelassen, ja wenn sein Beweis besonders vollständig war, ohne weiteres freigesprochen [2]).

War nun auch der Inzichter durch seinen Reinigungseid beziehungsweise durch eine unmittelbare Freisprechung seitens des Landgerichts von jeder künftigen Criminalklage frei und ihm feierlich und förmlich gegen Jedermann der Friede gebannt, so war dadurch doch eine weitere Ansprache im freundlichen Rechte (»zu latein civiliter genannt«) nach der L.-G.-O. keineswegs ausgeschlossen [3]). Die letztere sagt vielmehr ausdrücklich: »Item dem Cleger sol auch das burgerlich oder freuntlich recht puss vnd besserung halb, so er vermeint, das der Teter derhalb etwas schuldig sein solt, ordenlicher weis fürzunemen, durch diese ausführung vnd erlangte freiheit nit abgeschnitten sein« u. s. w. Die Fälle, in denen der Thäter zwar von peinlicher Strafe absolvirt wurde, aber doch noch für eine bürgerliche Strafe in Anspruch genommen werden durfte, sind die Tödtung »ungeverlicher Weis«, also die casuelle und culpose Tödtung, dann der entschuldbare Excess der Nothwehr und ein Fall, auf den wir später noch zurückkommen werden, die in Nothwehr geschehene Tödtung eines dritten Unbetheiligten (C. C. B. Art. 171). Da die Bestimmung dieser bürgerlichen Strafe, wenigstens in Inzichtssachen [4]), zur Competenz des Landgerichts gehörte, so sprach es in einem solchen Falle, wo die geringe Schuld des Thäters eine peinliche Strafe nicht zu verdienen schien, denselben zwar von einer öffentlichen

1) Vergl. Sachsenspiegel. II, 14.

2) Zöpfl S. 18 No. 56.

3) Dies bereits auch nach dem Bamberger Stadtrecht § 157 und 158.

4) Allgemein nicht, wie Zöpfl glaubt, denn, wenn man von der C. C. B. Art. 181 und 226 einen Schluss rückwärts machen darf, so wurde nach Freisprechung des Beklagten von peinlicher Strafe durch die Zente die Festsetzung der demnächst zu erkennenden bürgerlichen Strafe Aufgabe des Hofraths und nicht des Landgerichts. Deutlich beweisen dies die bei Seitz (Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. II. S. 443 ff. sub I und II) angeführten Urtheile.

Strafe frei, verband damit aber, um eine Wiederholung des Processes zu vermeiden, die definitive Verurtheilung zu einer Geldstrafe.

Durch diese Ausführung tritt nicht nur der Art. 163 der C.C.B. »Item es geschehen yezuzeytten entleybung, vnd werden doch die jhenen, so söllliche entleibung thun, auss guten vrsachen, als etlich allein von peynlicher, vnd dann etlich andere von peynlicher vnd Burgerlicher straff entschuldigt« u. s. w. — in das richtige Licht, sondern wir gewinnen auch für die Art. 181 und 226 das wahre Verständniss, denn sie sind in ihrem Princip der L.-G.-O. entnommen. Nach dem Art. 181 müssen die Partheien in dem Fall, wo die Schuld des Thäters bürgerliche Strafe erheischt, dem Richter Bürgschaft leisten, sich über dieselbe bei den fürstlichen Räthen, also am Hofgerichte, auszutragen.

Wie genau sich Schwarzenberg an die Bestimmungen der L.-G.-O. anschloss, das beweist besonders der Art. 182 C. C. B., der ausdrücklich auf die Reformation des Bischofs Veit Bezug nimmt. Derselbe Artikel verbietet auch den Zentrichtern, in Inzichtssachen zu handeln, wenn ihnen dies nicht durch Brief und Urkunde zugelassen sei. In allen Fällen aber soll die an den Zentgerichten geschehene Ausführung der Unschuld nur dann Kraft haben, wenn sie nach den Bestimmungen der L.-G.-O. geschehen sei. »und söllen andere missbreuch denselbigen ordnungen widerwertig«, — schliesst Schwarzenberg — »sie weren lang oder kurtz herkommen, nit gehalten oder zugelassen werden«. Der ganze, ziemlich lange erste Absatz des Art. 182 ist zum Theil wörtlich der Schlussbestimmung des citirten Tit. 14. der L.-G.-O. entnommen. Diese letztere, nicht nur aufklärend für den Art. 182, sondern auch interessant für die Receptionsgeschichte lautet: »Item vnd nachdem an etlichen vnsern zenten yezuzeiten vnzhere auch fur lewmund kommen darzu etlicher obgemelter sachen gleichen gerechtuertigt vnd aussgefurt sein mogen, vnd aber statlich an vns gelangt, das auss etlichen vnbestendigen gewonheiten daselbst mermals wider geschribene recht vnd gemeinen nvcz geurteilt werde, bewegen auch, das die Zentschopfen die geschrieben recht, so in diesen fellen svnderlich zu wissen not sein, nit so statlich als die vrteiler an vnserm lantgericht erkunden vnd denselben gemess handeln vnd urteilen mogen, so ordnen vnd wollen wir, das inczicht vnd entschuldigt entleybung nyndert anders dann vor vnserm lantgericht wie vorsteet sollen gerechtuertigt werden; ob aber yemant daruber an vnnser zent eine in bestimpten sachen freiheit erlangt, solt von vncrefften vnd ein nichtickeit sein«.

Noch enthält die L.-G.-O. einige Bestimmungen zum Theil frei-

lich geringfügigen Inhalts, die von Schwarzenberg theils unverändert in die C. C. B. aufgenommen, theils als Muster benutzt worden sind. — So

1) Die Eidesformulare. Am nächsten kommen sich, was die Uebereinstimmung im Ausdruck betrifft, das Eidesformular des Landrichters und des Richters im Art. 5 der C. C. B. Alle Formulare der L.-G.-O., so das für den Landschreiber, Anleiter, Landboten und die Procuratoren zeichnen sich aus durch ihre Langathmigkeit und durch eine ängstlich detaillirte Aufführung aller Pflichten der betreffenden Beamten und stehen deshalb hinter den viel bündigeren und flüssigeren der C. C. B. weit zurück.

2) Die Verhörung der Zeugen (Tit. 20) geschieht unter Beiziehung des Hofmeisters und des Landrichters; die Aussagen werden, »eigentlich« aufgeschrieben und den Zeugen vorgelesen. — Die Vereidigung der Zeugen erfolgt in der Anwesenheit der Gegenparthei, die zur Befragung derselben Fragstücke einreichen kann.

Wenn in einer beim Landgerichte anhängigen Sache der von einer Parthei bezeichnete Zeuge im Gerichtssprengel eines der bamberger weltlichen Gerichte sesshaft ist, so kann die Ablegung des Zeugnisses nur vor dem Landgerichte geschehen, doch kann die Parthei vom Landrichter zur Minderung der Kosten ein »bevelbrief« oder »Compulsorialbrief« erlangen (Vergl. C. C. B. 132).

3) Der Titel 19: »Von Arresten und Verboten«. Wenn der Inhaber von beweglichen Gütern sich auf flüchtigem Fusse befindet oder sonst mit dem Kläger vor Gericht nicht erscheinen will, so kann der Landrichter jene mit Beschlag belegen, »und wo soliche gudter verderben mochten, sol vnser lantrichter oder sein verweser bevelhen, dieselben mit rath zu verkauffen vnd das gelt darauss gelost in verpot zu behalten (Vergl. C. C. B. 265).

Zweiter Abschnitt.

Die Gesetzgebung ausserhalb des Bisthums Bamberg.

§ 7. 1) Die Reichsgesetzgebung.

Ausgabe der Reichsgesetze: Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede in 4 Theilen. Frankfurt 1747.

Am Ende des 15. Jahrhunderts kam in die Gesetzgebung des deutschen Reiches ein neues Leben. Die Reichsstände traten fast jährlich, in manchem Jahre sogar mehrere Mal zusammen, um unter der Leitung einflussreicher Persönlichkeiten, wie des Erzbischofs Berthold von Mainz, über dringende Reformen zu berathen und für deren Durchführung, die das Reichsoberhaupt eher hintertrieb als förderte, ihren unmittelbaren Einfluss einzusetzen. Wirklich wichtige und zum Theil umfangreiche Gesetze waren das Resultat dieser frischerwachten Thätigkeit, so vor Allem der 1495 zu Worms errichtete Landfriede, der die gänzliche Aufhebung der Fehde wenn auch nicht bewirkte, so doch zum Princip machte, und die mit ihm in Verbindung stehende Kammergerichts- und Executivordnung aus demselben Jahre. Die darauffolgenden Reichstage zu Lindau 1496, zu Freiburg 1498, zu Augsburg 1500 u. folgg. machten die erwähnten Gesetze zum Gegenstand neuer Berathungen und gaben ihnen Zusatzbestimmungen und Erklärungen.

Die drei Gesetze aus dem Jahre 1495 waren der erste Schritt zu einer Reform des trostlosen Rechtszustandes im damaligen deutschen Reiche. Um aber zu irgend befriedigenden Zuständen auf dem Strafrechtsgebiete zu gelangen, war noch ein zweiter, ebenso wichtiger nothwendig. Die Aufhebung des Fehderechts und die Sorge für die Herstellung der öffentlichen Sicherheit, die Reorganisation und Kräftigung der höchsten Gerichte und die Maassregeln für die Sicherung der Vollstreckbarkeit ihrer Urtheile mussten solange ohne erheblichen Nutzen bleiben, als es dem Reiche an festen Normen für das gerichtliche Verfahren sowie an einem der maasslosen Willkür der Gerichte steuernden, die Freiheit und Rechte der bürgerlichen Gesellschaft sichernden materiellen Strafrechte fehlte [1]).

1) So Wächter, Beilagen zu den Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. Lief. 1. 1877. S. 101.

Für die Lösung dieser Aufgabe haben die Reichsgesetze, die Schwarzenbergs epochemachender Arbeit unmittelbar vorangingen, nur ganz Weniges gethan [1]). Das Thema, dem sie sich mit Vorliebe zuwenden und an dem sich die gesetzgeberische Kraft der Reichsversammlung zu erschöpfen scheint, ist das Polizeistrafrecht; ihm widmen sie eine lange Reihe zum Theil recht kleinlicher und in das Privatleben stark eingreifender Bestimmungen. Wer jene Reichsgesetze liest, wird nicht umhin können, sich zu fragen, wie sich der Reichstag in einer Zeit, in der Arbeiten von tiefgehendster Bedeutung und allgemein gefühlter Dringlichkeit der Erledigung harrten, mit Wein-, Kleider- und Hochzeitsordnungen, mit Gesetzen gegen Gotteslästerung, Zutrinken und Wucher und mit Vorschriften über Spielleute, Narren, Bettler und Zigeuner abgeben konnte.

Nach dem Gesagten ist es sehr begreiflich, warum die Reichsgesetzgebung auf das Werk Schwarzenbergs nur einen höchst untergeordneten, fast verschwindenden Einfluss ausgeübt hat.

Aus einer Bestimmung der C. C. B. könnte man sogar fast auf eine Missachtung der Reichsgesetze von Seiten Schwarzenbergs schliessen, nämlich aus dem Art. 154 der C. C. B. (C. C. C. Art. 129), in welchem im Widerspruche zum ewigen Landfrieden nur die ohne rechtmässige Ursache begonnene Fehde für peinlich strafbar erklärt wird. Im scharfen Gegensatze zu den alten Landfriedensbriefen, die vor Erhebung der Fehde wenigstens das Betreten des Rechtsweges zur Pflicht machten, wird in jenem Artikel dem Schuldigen sogar gestattet, hinterher, nach beendigter Fehde auszuführen, dass zur letzteren eine rechtmässige nöthigende Ursache vorgelegen habe.

Wenn man diese Bestimmung der C. C. B. zur Noth noch dadurch erklären und entschuldigen könnte, dass Schwarzenberg bei dem damals trotz des ewigen Landfriedens noch in voller Blüthe stehenden Fehdewesen die Bestrafung aller und jeder Fehde mit dem Tode für verfrüht und undurchführbar gehalten habe, so bleibt es dagegen um so unerklärlicher, wie jener ein wichtiges Reichsgesetz fast eludirende Artikel in die C. C. C. übergehen konnte [2]).

Die C. C. B. gedenkt meines Wissens der Reichsgesetze als Quellen an zwei Orten:

1) Im Art. 47. Dieser Artikel sieht in dem Umstande, dass Reisige

1) Was frühere Reichsgesetze (Wächter a. a. O. S. 89) in anerkennenswerther Weise geleistet hatten, konnte nicht mehr in Betracht kommen.

2) Der Art. 129 der C. C. C. muss durch spätere Reichsgesetze als wieder ausser Kraft gesetzt betrachtet werden.

oder Fussknechte, ohne einen Ausweis über ihren Dienst geben zu können, in einem Wirthshause sich gütlich thun, eine Anzeige zur Tortur dieser Leute und stützt sich dabei auf den »königlichen vnd des reichs gemeinen Landtfriden«, der sage, dass man »sölche puben nit leiden, Sunder annemen hertiglich fragen vnd umb ir mysshendel mit ernst straffen« solle.

Das angezogene Reichsgesetz ist der ewige Landfriede von Worms (1495), der im § 7 allerdings mit denselben Worten wie die C. C. B. sagt[1]):

». . . . ordnen, setzen, vnd wollen wir, dass hinfür sollig raisig vnd Fuss-Knecht in dem heyligen Reych nit sollen gedult oder auffenthallten, sunder, wo man die betretten mag, so sollen sy angenommen, hertigklich gefragt vnnd vmb ir Misshanndlung mit Ernnst gestrafft werden«[2]).

2) Im Art. 127. Derselbe schliesst sich sogar in den einzelnen Ausdrücken der königlichen Satzung von den Gotteslästerern, zu Worms anno 1495 aufgericht[3]) an.

Mit Berufung auf die zehn Gebote und auf die Satzung[4]) des »Weyland Kayser Justinianus, seines Vorfahrs am Reich, löblicher Gedechtnus« und mit dem Hinweis auf die bösen Folgen des Lästerns (Krankheiten und Landplagen), droht Maximilian I. in der genannten Satzung allen denen, »die eitel oder Laesterwort, vnd Schwür bey Gott, seiner Heiligen Marter, Wunden, oder Gliedern, der Jungfrau Mariae, vnd seinen Heiligen theten« mit peinlicher Strafe.

Die Zuhörer, die solchen Gotteslästerern nicht widerreden, sie nicht straffen oder sie verschweigen und der Obrigkeit, in deren Gebiet solches geschieht, zu strafen nicht anbringen, erleiden die gleiche Strafe wie jene. — Eine Vergleichung mit dem Art. 127 der C. C. B. zeigt, wie sehr sich Schwarzenberg dem Reichsgesetze v. 1495 angeschlossen hat.

Uebrigens nimmt dasselbe (Abs. 1, 2, 3) bei der Bestrafung

1) Vergl. Neue Sammlung. Th. II. S. 5.

2) Aehnliche Vorschriften erliess damals nicht bloss das Reich, sondern auch der schwäbische Bund für seine Mitglieder, z. B. auf dem Versammlungstag zu Ulm am 18. Mai 1497, auf der Bundesversammlung zu Nördlingen v. 10. April 1502. Vergl. Abegg im Archiv des C.-R. 1854. S. 462 und 463. — Die mit Holzschnitten verzierte Ausgabe der C. C. B. enthält zum Art. 47 ein anschauliches Bild mit einem erklärenden Verse.

3) Neue Sammlung. Th. II. S. 28.

4) Gemeint ist die Novelle 77 c. 1.

nicht nur Rücksicht auf die Hitze und den Zorn, in denen gelästert worden ist, sondern auch auf die Person des Lästerers selbst, der eine mildere oder schärfere Strafe erleidet, je nachdem er ein Adeliger oder eine Person geringeren Standes ist. Schwarzenberg hat, wie es scheint, mit den Worten »söllen nach gelegenheyt vnd g e s t a l t d e r p e r s o n vnd der lesterung gestrafft werden« seinen Richtern eine ähnliche Rücksichtnahme ermöglichen wollen [1].

Weiter als auf diese beiden Artikel (47 und 127) hat sich der Einfluss der Reichsgesetzgebung nicht erstreckt. Zwar gedenken die Reichsabschiede v. 1495—1500 noch der Beihülfe (zum Landfriedensbruche) [2], aber in völlig system- und planloser Weise, rein durch das momentane Bedürfniss und durch praktische Rücksichten bestimmt, so dass Schwarzenberg davon kaum Notiz genommen haben wird.

Müssen wir demnach den Einfluss der Reichsgesetze auf die Bambergische H.-G.-O. höchst gering anschlagen, so hat es vor nicht zu langer Zeit eine Ansicht gegeben, welche die C. C. B. wie die C. C. C. als Resultate der reichsgesetzgeberischen Thätigkeit bezeichnete und desshalb die beiden Strafgesetze in ihrem gegenseitigen Verhältnisse nicht, wie man gewohnt war und noch ist, als Mutter und Tochter, sondern als Geschwister angesehen wissen wollte.

Es ist nicht meine Absicht, mich bei dieser Frage, auf die man früher soviel Worte verwandte, lange aufzuhalten, weil dieselbe von Wächter [3] vor Jahren schon in einer Weise abgethan wurde, dass sie hoffentlich nicht mehr auferstehen wird.

Der ganze Streit wurde veranlasst durch eine Bemerkung des so vielfach unzuverlässigen Goldast in der Consultatio de poenis sagarum p. 132: »Diese sowohl königliche als kaiserliche Satzung und Ordnung haben jüngsthin Kaiser Maximilian I. im Jahre 1515 zu Cölln und Kaiser Karl V. 1532 zu Regensburg wiederholt, und obwohl Kaiser Maximilians Ordnung von den Reichsständen nit angenommen noch öffentlich publicirt worden, so ist doch dieselbe von Bischof Georg zu Bamberg, einem hochlöbl. Fürsten des Reichs angenommen und 1508 zu Maynz in Druck verfertigt worden.«

Auf diese Bemerkung hin gab sich nun der bekannte Commentator

1) Vergl. das Bamberger Correctorium bei H o h b a c h im Archiv des C.-R. 1844. S. 246.

2) Vergl. Neue Sammlung. Th. II. S. 4, § 1, 5, 6. Vergl. auch S. 64, IV, § 1.

3) Ad Historiam C. C. C. Symbolarum Pars I. als Anhang bei: G e l b k e, De causis infamiae, qua scenicos Romani notabant.

der C. C. C., Kress, viele Mühe, diesen angeblichen Entwurf von Maximilian I. durch eine mit vielen Archiven eröffnete Correspondenz aufzutreiben. Von Mainz allein erhielt er eine bejahende Antwort, die indessen kurze Zeit darauf als ein Irrthum des Registrators widerrufen wurde. Nichts destoweniger beharrte Kress mit sonderbarem Eigensinne auf der Behauptung, die C. C. B. sei nichts Anderes als jener von den Ständen zurückgewiesene, aber von dem bamberger Bischofe Georg für sein Territorum publicirte Entwurf Maximilians I.

Obgleich Böhmer[1]) und Horix[2]) unter Anderem mit Recht darauf hinwiesen, dass jene von Mainz eingelaufene (später widerrufene) Nachricht über einen Entwurf einer H.-G.-O. von Maximilian I. auf einer Verwechslung mit einer von diesem Kaiser auf dem Reichstage zu Worms publicirten Reformation der westfälischen Fehmgerichte beruhe und dass eine Publication dieser bei dem gleichzeitigen Vorhandensein einer schon entworfenen P. G.-O. für das ganze Reich keinen Sinn gehabt hätte, so wurde doch die Ansicht von Kress von Manchen, wie von v. Leyser und Hoffmann angenommen. Bei weitem die Mehrzahl der Juristen erklärte sich jedoch gegen dieselbe und es wäre der ganze Streit wohl von selbst in die verdiente Vergessenheit gerathen, hätte ihn nicht Birnbaum[3]) in den dreissiger Jahren, wenn auch in veränderter Gestalt wieder aufleben lassen. Birnbaum stellte mit Rücksicht auf unsere Frage — mit grosser Belesenheit, aber nicht mit gleich glücklicher Kritik — zwei Vermuthungen auf:

1) dass schon unter Maximilian I. ein Reichsprojekt einer H.-G.-O. verfasst worden sei.
2) Dass der ursprüngliche Entwurf der C. C. C. selbst nur für die Länder des fränkischen Rechts oder die zum Rotweiler Gerichtszwange gehörigen Territorien berechnet gewesen, deren Land- und Stadtrechte auch das vorzüglichste Material für ihn und damit für die C. C. C. abgegeben hätten.

Das gab Wächter[4]) Gelegenheit, nicht nur die Vorgeschichte der C. C. C. genau zu erörtern, sondern auch jene von Goldast herrührende und von Kress begründete Ansicht in einer Weise zurückzuweisen, die keine Widerrede mehr litt. Auch die Unhaltbarkeit der zwei Hypothesen Birnbaums, an die dieser noch einige Schlussfolgerungen über die

1) cf. praefatio ad Meditationes in C. C. C. p. IV—IX.

2) Wahre Veranlassung der P. G.-O. Kaiser Karls V. Anhang zu Kochs Ausgabe der C. C. C.

3) Im N. Archiv des C.-R. Bd. XII. S. 428—33.

4) In der angeführten Schrift: Ad hist. C. C. C. Symbolarum.

schnellere Verbreitung der P. G.-O. in den fränkischen Ländern (dem sog. »Reiche« im Gegensatze zu den sächsischen) geknüpft hatte, wies Wächter überzeugend nach, indem er zeigte, dass die letzteren sich theils aus jenen Prämissen keineswegs ergeben und erklären, theils geschichtlich unrichtig sind und dass jene Prämissen selbst mit Allem, was wir von den Reichstagsverhandlungen wissen, im Widerspruche stehen. — Wächters Ausführungen über die Vorgeschichte der C. C. C. sind durch ein ganz neues, auf sorgfältige archivalische Forschungen basirtes Werk [1]) zum grossen Theile bestätigt worden. Aus den in dem letzteren gegebenen Resultaten glaube ich einen neuen entscheidenden Grund gegen Kress und Birnbaum denen Wächters beifügen zu können.

Wäre wirklich schon 1495 (oder 1505) der Entwurf einer für das ganze Reich bestimmten H.-G.-O. vorhanden gewesen, so hätten ihn die Redaktoren des ersten Projekts der C. C. C. offenbar ihren Arbeiten zu Grunde gelegt. Das zu unterlassen, war, wenn anders jener Entwurf existirte, die grösste Ungeschicklichkeit, hatten sie doch bei ihm nicht erst die Mühe wie bei der C. C. B., ein Particulargesetz seiner localen Eigenthümlichkeit zu entkleiden und durch angemessene Umänderung auf die Höhe des Reichsrechts zu erheben. Nun unterliegt es aber nach den Ausführungen Güterbocks [2]) keinem Zweifel, dass die Redaktoren des ersten Entwurfes die Bambergische H.-G.-O. benutzten und zwar nicht einmal die editio princeps von 1507, sondern die Mainzer Ausgabe von J. Schöffer (von 1508 oder 1510). Das geht aus den genau übereinstimmenden Inkorrektheiten des ersten Projekts und jener Schöffer'schen Ausgabe hervor [3]). Wie könnte man dies erklären, wenn schon ein früherer (von Schwarzenberg ausgeschriebener) Entwurf in dem Reichsarchive gelegen hätte?

Noch mehr! Schwarzenberg, — der angebliche Ausschreiber und desshalb Besitzer des Entwurfs, war urkundlichen Zeugnissen [4]) zu-

1) Die Entstehungsgeschichte der C. C. C. von Carl Güterbock. 1876.

2) a. a. O. S. 68.

3) Güterbock S. 67.

4) S. Güterbock S. 72. Note 1 und 2. Den besten Beleg dafür, dass Schwarzenberg in Worms war, bietet ein von mir auf dem Germanischen Museum in Nürnberg gefundener Brief, den er selbst am 31. Mai 1521 von Heidelberg aus an den Bürgermeister von Windsheim geschrieben hat. — Der Brief setzt ein Schreiben des Bürgermeisters voraus, in dem Schwarzenberg gebeten wurde, sich auf dem Wormser Reichstage der Stadt Windsheim anzunehmen, die sich durch den jüngsten Reichsanschlag übersetzt und beschwert fühlte. — Schwarzenberg drückt nun sein Bedauern aus, für die Stadt Nichts mehr thun zu können, da die Fürsten Worms bereits verlassen hätten und er selbst auf der Heimreise begriffen

folge in jener Zeit selbst in Worms, ja aller Wahrscheinlichkeit nach erhielt der Verfasser des Wormser Concepts gerade aus seiner Hand das von ihm augenscheinlich benutzte Bamberger Correctorium[1]. Was für einen Grund hätte er gehabt, ihm den Maximilianischen Entwurf vorzuenthalten und seine Arbeit auf solche Weise zu erschweren? Eine ganz entgegengesetzte Tendenz als die bisher bekämpfte Ansicht verfolgen die Anhänger einer anderen: sie wollen nicht nur der C. C. B. den Ruhm mater Carolinae zu sein vollständig gewahrt wissen, sondern gehen sogar bis zu der Annahme, die C. C. B. sei von Schwarzenberg in der Absicht, als Reichsgesetz publicirt zu werden, ausgearbeitet, dem Reichstage vorgelegt, zurückgewiesen und dann als bambergisches Provinzialgesetz publicirt worden[2].

Dieser Meinung waren früher wohl die meisten Criminalisten, so Böhmer[3], Meister[4], Horix, Selchow[5] und Quistorp[6], aber sicherlich ganz mit Unrecht, denn die meisten Thatsachen, auf die sie sich stützten, sind entweder unwahr, oder doch falsch ausgelegt.

1) Einmal gehen alle von der Annahme aus, Schwarzenberg sei Mitglied des im Jahre 1500 errichteten Reichsregiments gewesen. Auch Malblank und Zöpfl nehmen dies noch an. Allein davon lässt sich in der That keine Spur nachweisen und der einzige Schriftsteller, Biedermann[7], der zu jener Vermuthung dadurch Veranlassung gegeben hat, dass er Schwarzenberg »der beiden Kaiser Max I. und Karl V. Rath« nennt, gibt mehrere Lebensumstände Schwarzenbergs (das Jahr seiner Geburt und seiner Verheirathung) so entschieden unrichtig an, dass er unmöglich als eine Autorität in dieser Sache gelten kann.

Die Absicht Schwarzenbergs, eine Publication seiner als Projekt vorgelegten H.-G.-O. zu bewirken, wollte man

2) ferner aus dem in den Schöffer'schen Ausgaben von 1508 und 1510 befindlichen Titel der C. C. B.[8] schliessen. Allein abgesehen davon, dass sich derselbe in der Ausgabe von 1507 gar nicht

sei. Die Windsheimer möchten nun ihre Beschwerde bei dem kaiserlichen Statthalter und Regiment anbringen, die bald nach Michaelis in Nürnberg zusammenkämen.

1) Güterbock S. 73.

2) Plitt's Repertorium für das peinliche Recht. Bd. II. S. 19—71.

3) Elementa jurisp. crim. Sect. I, c. 1, § 18.

4) Principia juris crim. Germ. com. Sect. I, § 20, N. 3.

5) Elementa hist. jur. univers. c. II. sect. I.

6) Grundsätze des teutschen peinl. Rechts. § 20, S. 18 ff.

7) Genealogie der Fürstenhäuser im fränkischen Kreise. Tab. 91.

8) Siehe denselben bei Malblank S. 136.

findet, da die Ueberschrift dort schlechtweg »Bambergische Halsgerichtsordnung« lautet, sind jene von Schöffer dem Buche vorangedruckten Worte nichts Anderes, als eine buchhändlerische Reclame.

3) Sodann aus der Thatsache, dass in derselben Schöffer'schen Ausgabe die in dem Drucke von 1507 auf Bl. 2 befindlichen Insignien des bamberger Bischofs mit dem Bilde des von den sieben Churfürsten umgebenen Kaisers ersetzt wurden. Allein auch dieser Umstand beweist Nichts, denn dasselbe Bild findet sich ausserdem nicht nur in der Brandenburgischen H.-G.-O. und der Wormser Reformation, sondern auch in anderen Particulargesetzbüchern jener Zeit und leiht nur dem Gedanken Ausdruck, dass das betreffende Gesetzbuch entweder vom Kaiser bestätigt worden sei, oder dass man wenigstens die legislatorische Befugniss als einen Ausfluss der kaiserlichen Macht betrachte.

4) Der Hauptgrund aber, durch den jene angeführten Schriftsteller ihre Hypothese zur Gewissheit erheben zu können glaubten, ist der Schlusssatz des Art. 21 der C. C. B. (»So auch die anclage«) [1].

Es war ihnen allen vollkommen unbegreiflich, wie ein Reichsstand, der bamberger Bischof, es wagen konnte, einem anderen eine so harte Bedingung vorzuschreiben, ohne dass die gemeinen Reichsgesetze solches erlaubt oder befohlen hätten.

Kress sah darin eine Spur seines alten Reichsentwurfs, aus dem Schwarzenberg die C. C. B. geschöpft haben sollte, also eine Stütze für seine Ansicht; die meisten, die dies nicht zugeben wollten, benutzten den erwähnten Artikel 21 als Argument für die Behauptung, dass Schwarzenberg seine Halsgerichtsordnung zuerst als Entwurf dem Reichstag angeboten und damit zurückgewiesen jene Stelle aus Versehen in dem nunmehr für Bamberg publicirten Gesetze stehen gelassen habe.

Alle diese Conjecturen, so unrichtig sie sein mögen, sind bei jenen Gelehrten, denen die deutsche Rechtsgeschichte noch ein verschlossenes Gebiet war, sehr begreiflich; heute wird man jene Bestimmung kaum mehr kühn und ungereimt finden, seit man weiss, dass die gleiche Vorsichtsmaassregel, die Schwarzenberg bei peinlichen Anklagen gegen hohe Herrn angewandt wissen wollte, noch in seiner Zeit von den Gläubigern derselben hochgestellten Personen zur Sicherung ihrer Guthaben

1) Vergl. für alle Horix, Wahre Veranlassung § 11 und Kress in der praefatio zu seinem Commentar.

gebraucht wurde. Dieses Sicherungsmittel, Einfahren, Einreiten, Einlager, obstagium genannt, bestand im letzteren Falle darin, dass fürstliche und andere vornehme Personen einige Dienstleute auf ihre Kosten solange an irgend einen benannten Ort, gewöhnlich ein Wirthshaus, zu legen versprachen, bis die Zahlung beschafft sein würde[1].

Wir haben demnach keinen Grund, auch nur zu vermuthen, geschweige denn zu behaupten, dass Schwarzenberg seine H.-G.-O. zuerst als Projekt für ein Reichsgesetz ausgearbeitet und dem Reichstage vorgelegt habe, um so mehr, als auch die Reichstagsakten von einer solchen Vorlage gänzlich schweigen.

Aber hätte daneben nicht dennoch die Behauptung vollkommen Platz, dass Schwarzenberg bei der Abfassung seines Gesetzbuches der künftigen Reichsgesetzgebung ein Vorbild zu geben beabsichtigte und an die Möglichkeit einer Erhebung desselben zum Reichsgesetze wenigstens dachte?

Walch[2] nimmt dies an, aber aus den obigen, von mir schon zurückgewiesenen Gründen. Auch Güterbock[3] erscheint die C. C. B. so auffallend für ein Reichsgesetz prädestinirt, dass er diese Vermuthung für nicht ganz grundlos hält. Es kann nicht meine Absicht sein, diese interessante Frage in erschöpfender Weise zu behandeln, ihre Beantwortung müsste einer besonderen Untersuchung vorbehalten bleiben, dennoch glaube ich sagen zu dürfen, dass diese Beantwortung eher verneinend als bejahend auszufallen haben wird.

Worin lag denn die besondere Prädestination der C. C. B. zu einem Reichsgesetze?

Vor allem in ihrer inneren Vortrefflichkeit und ihrer relativ grossen Vollständigkeit, Eigenschaften durch welche sie sich über alle damals vorhandenen Particulargesetzbücher erhob.

In ihr war gelungen, woran nicht nur das Reich, sondern auch einzelne Territorien bislang sich vergeblich abgemüht hatten, die Herstellung einer Strafgesetzgebung, welche mit dem überall zu Grunde gelegten gemeinen Rechte die lebensfähigen Elemente des einheimischen Rechts in eine glückliche harmonische Verbindung brachte, eine Verbindung, die auch der Augsburger Reichstag von 1500 im Auge hatte, wenn er in dem Reichsabschiede Tit. XIII sagte: Das Regiment solle mit Rath und Hülfe des (mit Romanisten besetzten!) Kammergerichts »nach erkundung der land gewohnheit vnd gebrauch ein ziemlich reformation vnd ordnung« vornehmen, machen, ausschreiben und ver-

1) Zöpfl, Rechtsgeschichte. Bd. III. 1872. S. 313.

2) Introductio zu seinem Glossar p. 33.

3) a. a. O. S. 44.

künden. Aber wollen wir denn annehmen, jene harmonische Lösung wäre von Schwarzenberg nicht gefunden, jene Vollständigkeit weniger angestrebt worden, wenn er ohne weitsichtige Pläne bloss für das Bisthum Bamberg, dessen erster Justizbeamter er war, gearbeitet hätte? Der Gedanke wäre des Mannes sicher unwürdig! Ferner empfahl sich die C. C. B. als Reichsgesetz, weil sie seit geraumer Zeit als Gesetz nicht nur in Bamberg aufs günstigste wirksam, sondern auch in den benachbarten fränkisch-brandenburgischen Gebieten eingeführt war und sich schon vor dem Jahre 1521 zum Theil durch zahlreiche Drucke, zum Theil in der Gestalt von Tennglers Layenspiegel Th. III. durch ganz Deutschland bis zum äussersten Norden bekannt gemacht hatte. Allein diese grosse Popularität ist doch wahrhaftig keine Folge vorausgefasster grossartiger Pläne Schwarzenbergs gewesen!

Die merkwürdige Prädestination der C. C. B. für ein Reichsgesetz lässt sich also so sehr ohne Schwierigkeit erklären, dass man gar nicht nöthig hat, von ihr aus einen Schluss auf jene weitgehende Absicht Schwarzenbergs zu machen.

Der Inhalt der C. C. B. selbst aber scheint mir zu diesem Schlusse noch viel weniger zu berechtigen: als voraussichtliches Reichsgesetz hätte sie jedenfalls das Recht anderer süddeutscher Territorien in umfangreicherem Maasse, als wirklich geschehen ist[1]), berücksichtigen und vor Allem auch norddeutschen Rechtsansichten genaue Rechnung tragen müssen.

Endlich vergesse man nicht, was wir oben betonten, dass Schwarzenberg nach Allem, was wir wissen, zur Zeit der Abfassung der C. C. B. noch keineswegs Mitglied einer Reichsbehörde war, sondern höchstens seinen Herrn, den Bischof von Bamberg, als dessen erster Diener auf die Reichstage begleitete, dass endlich von einer näheren Beziehung zu Kaiser Max I., wie Zöpfl sie noch annimmt, ausser der durch Schwarzenbergs Dienst und auch durch seine schriftstellerische Thätigkeit[2]) herbeigeführten nicht gesprochen werden kann[3]); sie wäre auch ohne Bedeutung gewesen, denn das Verlangen nach einer

1) Vergl. Wächter, Ad hist. C. C. C. symb. S. 18.

2) (Hat auch) »ein Büchlein geschrieben vom Zutrinken, welches Kayser Maximilian sehr wohl gefallen«. (Vorrede zu den Offizien und Schnizzer in seiner Chronik).

3) Indessen ist doch ganz neuerlich im fürstl. Schwarzenberg'schen Familienarchive ein Schreiben von Maximilian I. an Schwarzenberg vom Jahre 1515 entdeckt worden, aus dem hervorgeht, dass der Kaiser an der Verlobung einer Tochter Schwarzenbergs regen Antheil nahm. Vergl. L. Weissel, Hans Freiherr von Schwarzenberg. S. 38, Anm. 4.

Gesetzgebung ging nicht vom Kaiser, sondern von den Ständen aus. Müsste man es da nicht als überspanntes Selbstbewusstsein, ja als Eitelkeit bezeichnen, wenn Schwarzenberg die Annahme einer aus seiner Feder allein geflossenen Arbeit für möglich gehalten hätte?

Wohl empfahl der Reichstag von Freiburg 1497/98 den Ständen, es solle »ein yeder hiezwischen nechster versammlung daheym davon (d. h. von einer gemeinen Reformation und Ordnung im Reich) ratschlagen vnd seinen ratschlag auf die nechste versammlung bringen davon entlich zue beschliessen«, allein Schwarzenberg kannte die Eifersucht der Stände zu gut, um nicht zu wissen, dass unter jenen Rathschlägen ein von einem Reichsstande allein gefertigtes Projekt am wenigsten Anklang finden würde.

Soviel über diese Frage, von der ich kaum zu sagen brauche, dass sie auch auf unsere Quellenuntersuchung nicht ganz ohne Einfluss ist. Ihre Beantwortung wird, so sehr sie mir verneinend ausfallen zu müssen scheint, wohl stets eine problematische bleiben. Nur das sei noch bemerkt, dass wer unserem Schwarzenberg bei der Ausarbeitung seines Gesetzbuches so weitsichtige Pläne zuschreibt, nur zu leicht darauf verfällt, in ihm einen modernen Gesetzgeber zu erblicken, welcher sich mit grossartigen juristischen Gedanken trägt[1]) und seine Idee, »an deren Durchführung er unablässig und mit eiserner Beharrlichkeit arbeitet, die ihn sein ganzes Leben hindurch begeistert, in eine Reform des gesammten Criminalwesens seiner Zeit setzt«[2]), — eine Anschauungsweise, die um so schiefer erscheint, als Schwarzenbergs Zweck bei Abfassung der C. C. B. seinen eigenen Worten zufolge nur der war, einen kurzen Begriff des Wissenswürdigsten aus den kaiserlichen Rechten und guten Gewohnheiten zum Gebrauch der nicht studirten Richter und Schöffen zu liefern.

§ 8. 2) Das Nürnberger Recht.

Literatur.

Malblank, Geschichte der P. G.-O. § 12. S. 32 ff.
Rosshirt, Geschichte u. System des deutsch. Strafrechts. I. S. 144 ff.
Zoepfl, Das alte Bamberger Recht. S. 173 ff.

Der Gedanke, den Malblank zuerst ausgesprochen hat, dass das nürnberger Recht von Schwarzenberg bei der Abfassung der C. C. B.

1) Zöpfl, Bamberger Recht S. 107 gibt ihn gleichsam für den Begründer oder doch Erhalter eines Strafensystems aus, durch welches im Gegensatz zum alten Compositionensystem der Idee einer poena publica Eingang verschafft werden sollte!

2) So Zöpfl a. a. O. S. 105.

berücksichtigt worden sei, hat ohne alle Frage alle Vermuthungen für sich. —

Nürnberg, damals unstreitig der geistige Mittelpunkt von ganz Deutschland, berühmt durch seine inneren Einrichtungen, insbesondere durch die unerbittliche Justiz, die seine Behörden fortwährend durch bedeutende Rechtsconsulenten unterstüzt[1]) ausübten, besass schon lange vor dem Erscheinen der C. C. B. ein privatrechtliches Gesetzbuch, das von sehr vielen süddeutschen Städten bei der Reformation ihrer Statute zu Grunde gelegt oder doch benutzt worden war. — Für Schwarzenberg selbst war Nürnberg die Lieblingsstadt, mit deren trefflichsten Bürgern er in ununterbrochenem geistigen Verkehr stand, in deren Mauern er unzählige Male verweilte und schliesslich auch seine Ruhestätte fand.

Nach einer wohl verbürgten Nachricht soll er sogar bei den Burggrafen von Nürnberg das Amt eines Landrichters bekleidet haben[2]).

Diese Umstände sowie eine Betrachtung des nürnberger peinlichen Rechts, die Malblank an der Hand verschiedener Schrifsteller[3]) über Nürnberg anstellte, brachten ihn zu der Behauptung, »Schwarzenberg habe bei Abfassung der Bamberger H.-G.-O. die Nürnbergische Praxin in peinlichen Sachen vorzüglich vor Augen gehabt und benutzt«. Während Rosshirt der Ansicht von Malblank vollkommen beistimmte, lehnte Zöpfl dieselbe ab, indem er behauptete, dass Schwarzenberg aus dem nürnberger Rechte Nichts habe lernen können, was er nicht schon in gleicher oder grösserer Vollständigkeit in dem Rechte Bambergs ausgebildet gefunden hätte. Zöpfl hatte seiner Untersuchung hauptsächlich zu Grunde gelegt, was der nürnbergische Schriftsteller Siebenkees ungefähr zehn Jahre nach Malblank in seinen Materialien zur nürnberger Geschichte (Bd. 1—4 1792—96) und seinen Beiträgen zur deutschen Geschichte (6 Thle. 1786—90) über das Strafrecht seiner Vaterstadt veröffentlicht hatte.

Da die Aufforderung Zöpfls (Bamberg. R. S. 174 Anm. 2) an die Juristen Nürnbergs, sich der Strafrechtsgeschichte ihrer Vaterstadt

1) Stobbe, Rechtsquellen. Bd. I, 2. S. 59, Anm. 32.

2) Vergl. Jung, Fortsetzung der Genealogie von den Durchlauchtigsten Burggrafen zu Nürnberg. 1529. S. 4, v. Falkenstein, Antiquitates et memorab. nordgav. S. 25, S. W. Oetterer Versuch einer Geschichte der Burggraven zu Nürnberg in 3 Theilen. 1751—58. 1. Vers. 1751. S. 90.

3) Dannreuther, Observatt. de crim. quorund. poenis. Altdorf 1741. Will's Nürnberg. Criminalparallele. Altdorf 1782—88. — Histor.-diplom. Magazin für Vaterland und angrenzende Gegenden. B. 1 u. 2. 1780—84. Die Schrift von Celtes, De origine, situ, moribus et inst. Norimb. bes. c. 14 de poenis sontium.

anzunehmen, bis jetzt die Stimme des Predigers in der Wüste geblieben ist, so geben die Schriften von Siebenkees allerdings auch jetzt noch die beste Auskunft über das nürnberger Recht. Was sich in seinen »Beiträgen«[1]) und »Materialien«[2]) findet, sind Auszüge vorwiegend polizeilichen Inhalts aus vier auf dem nürnberger Kreisarchive befindlichen Folianten und einem Quartband[3]), deren Inhalt nürnberger Statute und Verordnungen aus dem 14. und 15. Jahrhundert ausmachen.

Aus denselben Manuscripten hat v. Murr nürnberger Polizeiordnungen v. 1286—1304 mitgetheilt[4]), vollständiger (v. 13.—15. Jahrh.) wurden dieselben herausgegeben von J. Baader[5]); vom strafrechtlichen Standpunkt dargestellt hat sie J. Abegg[6]). Ausserdem besitzen wir

1) eine nürnbergische »Halsgerichtsordnung« aus dem Jahre 1481[7]). Ihren Inhalt bilden Formulare für die verschiedenen Arten des gerichtlichen Verfahrens, einmal für das Verfahren bei handhafter That und gichtigem Mund, sodann für das Verfahren auf blickenden Schein, endlich für den sog. Leumundsprocess. Diese Formulare zeigen mit denen des Bamberger Stadtrechts eine so grosse Aehnlichkeit, dass die einen ohne Anstand eine Nachbildung der andern genannt werden dürfen.

Nach Zöpfls Ausführungen[8]) muss wohl den bambergischen der Vorzug des höheren Alters gelassen werden.

Vom materiellen Strafrechte ist in der ganzen H.-G.-O. fast gar nicht die Rede. Nichtsdestoweniger scheint dieses höchst dürf-

1) II. n. 9, S. 211—23; III. n. 8, S. 206—28; IV. n. 4, S. 220—21; V. n. 8, S. 200—15.

2) I. S. 47 ff., 117 ff., 203—10; II. S. 395—402, 676—81; III. S. 95—98, 220—32, 371—80; IV. S. 679—91, 694—96, 718—48.

3) Vergl. Gengler, Stadtrechte (Nürnberg) S. 323.

4) Journal zur Kunstgeschichte und allgemeinen Literatur. Bd. V, S. 618 ff., Bd. VI. S. 49 ff.

5) Bibliothek des literarischen Vereins zu Stuttgart. Publ. LXIII. 1861.

Dies ist Alles, was bis jetzt aus jenen Codices, neben denen übrigens noch weitere handschriftliche Statutensammlungen (z. B. eine überschrieben »Das puch aller gesetz«) bestehen, publicirt worden ist. Bei der Planlosigkeit, mit der man, von Baader's Arbeit abgesehen, bei der theilweisen Publication dieser Manuscripte vorgegangen ist, konnte man möglicherweise dieses oder jenes Statut, das Schwarzenberg gekannt oder gar benutzt hatte, übergangen haben. Dies bewog mich, dieselben persönlich auf dem nürnberger Kreisarchive durchzusehen; ich that dies leider ohne allen Erfolg!

6) Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. IV. S. 446 ff.

7) Siebenkees, Materialien. II. S. 532—50. Vergl. auch Stobbe, Rechtsquellen. I, 2. S. 238.

8) Zöpfl, Bamberger Recht. S. 174, Anm. 3.

tige Produkt legislativer Thätigkeit den Nürnbergern vollkommen genügt zu haben, denn nirgends finden wir die Nachricht, dass auch nur ein Anlauf zu einer umfassenderen Gesetzgebung über Strafverfahren und Strafrecht gemacht worden wäre; hier scheint man Alles dem Herkommen und dem billigen Ermessen der Richter überlassen zu haben, eine Erscheinung, die um so auffallender ist, wenn man daneben die Nürnberger Reformation (1479) betrachtet, in welcher der bürgerliche Process und das Privatrecht in einer für jene Zeit ausgezeichneten Weise codificirt sind.

Nur von Zeit zu Zeit scheint der Rath durch einzelne Verordnungen nothwendig gewordene Veränderungen im Strafrechte vorgenommen zu haben. Ein solches Rathsdecret vom Jahre 1515, das wir später noch anführen werden, gibt Malblank nach Müllners Annalen auf S. 34.

2) Eine Ordnung des Halsgerichts v. 1526 [1]; dieselbe handelt von dem Verfahren auf dem endlichen Rechtstag.

Wenn auch nicht gerade gesagt werden kann, dass diese H.-G.-O. die C. C. B. ausgeschrieben hat, so wird doch ohne weiteres behauptet werden dürfen, dass die letztere bei der Abfassung derselben als Muster benutzt worden ist. Bei dem lebhaften juristischen Verkehre, der zwischen Bamberg und Nürnberg stets herrschte, und bei dem Ansehen, das die C. C. B., schon damals bekannt als Projekt für ein künftiges Reichsgesetz, nothwendig geniessen musste, kann dies nicht auffallen.

Jedenfalls bedürfte die Behauptung Malblanks (S. 39) und Rosshirts (S. 147), es gehe aus der H.-G.-O. v. 1526 deutlich hervor, dass Schwarzenberg seine Vorschriften über das Verfahren am endlichen Rechtstage dem nürnberger Rechte entnommen habe, eines überzeugenden Beweises.

Wenn man die von Siebenkees gelieferten Auszüge aus dem nürnberger Statutarrechte mit den Bestimmungen der C. C. B. vergleicht, so trifft man allerdings auf manche übereinstimmende Grundsätze, — Zöpfl hat auf dieselben in den Noten seines »Bamberger Rechts« fortlaufend aufmerksam gemacht — allein dieselben können die Annahme einer Berücksichtigung des nürnberger Rechts durch Schwarzenberg desshalb nicht begründen, weil sie sich gleichmässig auch im Bam-

1) Im histor.-diplomat. Magazin für Vaterland und angrenzende Gegenden. Bd. I. S. 271—78.

berger Stadtrechte finden, und so scheint Zöpfls Wort, dass Schwarzenberg dem Rechte Nürnbergs Nichts habe entnehmen können, was nicht schon ebenso vollständig in der bambergischen Gesetzgebung und Praxis ausgebildet gewesen wäre, vollkommen begründet[1].

Indessen traf ich bei Durchsicht der Nürnberger Reformation von 1479[2]) wider Erwarten auf eine Stelle, die dem nürnberger Rechte seinen Platz unter den Quellen der C. C. B. retten dürfte. Sie bezieht sich auf die von der C. C. B. (Art. 267—270) vorgeschriebene Behandlung gestohlener und geraubter Habe. Die dort entwickelten Grundsätze sind durchaus deutsche, näher gesagt die des sog. Anfangsprocesses[3], der auch im Bamberger Stadtrechte ziemlich ausführlich behandelt ist.

Soll der Vindicant die von ihm in Anspruch genommene gestohlene oder geraubte Sache bekommen, so hat er nach den Grundsätzen des Anfangsprocesses und nach der C. C. B. zu beweisen, einmal, dass selbige vorher sein gewesen, sodann dass sie ihm durch Raub oder Diebstahl abhanden gekommen oder sonst gewaltthätig entwert worden sei. Kann nun — so sagt der Art. 268 Abs. 1 — der Vindicant wohl das Erstere, nicht aber die raubliche oder diebliche Entwerung beweisen, auf der anderen Seite aber auch der Beklagte nicht nachweisen, dass die Sache mit einem rechtmässigen Titel von dem Kläger an ihn gekommen sei, so soll dieselbe dem Kläger folgen, wenn er die raubliche oder diebliche Entwerung mit seinem Eide betheuert. Kann der Kläger diesen Eid nicht schwören, so muss der Beklagte ledig erkannt und ihm das streitige Gut verabfolgt werden. — Art. 268 Abs. 2: An gestohlener oder geraubter Habe kann »durch eyniche leng der zeyt« keine Gewere ersessen werden. Diese Grundsätze nun sind in ihrer Fassung mit kleinen, den Ausdruck betreffenden Veränderungen der Nürnberger Reformation (Tit. 29, das ander gesetz) entnommen worden. Sie lauten dort:

»vnd so der ansprecher beweist. das söllchs sein gewesen wer vnd möcht doch den rawb oder diebstal nit beweisen. vnd der Innhaber möcht auch seinen geweren noch einichen rechtlichen tittel oder ankomen auch nit stellen. fürbringen noch beweisen das nach bedertail fürprachten dingen zu Recht gnug wer. so sollte dem anclager auf sein betew-

1) Das, was Zöpfl (Bamberger Recht. S. 144, 145) über das Verhältniss des bamberger Strafverfahrens zum nürnberger Leumundsprocess bemerkt, haben wir bereits besprochen; s. oben § 3 S. 29.

2) Ich benutzte eine Ausgabe von 1484, gedruckt von A. Koberger. fol.

3) Gerber, Privatrecht § 102 und Kraut, Grundriss § 71.

rung das er sich des nit entewssert noch verzigen hab. darumb glawbt werden. Und Im dieselb habe volgen. Und wo aber der anclager nichts beweist. so soll der Innhaber dauon geledigt werden. . . . vnd es mag auch an gestolner oder gerawpter habe einich gewere oder besess durch einich leng der zeit nit ersessen werden«.

Während das Bamberger Stadtrecht [1]) mit der C. C. B. und der Nürnberger Reformation, was die Beweislast des Vindicanten betrifft, völlig übereinstimmt und desshalb vorschreibt, dass er einmal die diebliche oder sonst gewaltthätige Entwerung, sodann nachzuweisen habe, dass die Sache früher sein gewesen, scheint der im obigen Texte enthaltene Grundsatz der Nürnberger Reformation demselben ganz unbekannt zu sein.

Ueber die Bestimmungen des Tit. 29 Ges. 2 hinaus scheint Schwarzenberg bei der Benutzung der Nürnberger Reformation nicht gegangen zu sein.

Nachdem wir so festgestellt, dass Schwarzenberg wenigstens eine von den Rechtsquellen Nürnbergs gekannt und wenn auch nur in ganz untergeordneter Weise benutzt hat, bleibt uns nur noch übrig zu prüfen, in wie fern die Behauptung, dass er die strafrechtliche Praxis dieser Stadt vor Augen gehabt und berücksichtigt habe, als berechtigt bezeichnet werden darf.

Wir sind dabei in einer ungleich günstigeren Lage als Malblank, der, wie bemerkt, diese Ansicht zuerst aussprach. Während er das Bild, das er uns zum Beweise derselben von der nürnbergischen Praxis in peinlichen Sachen vorführt, fast durchaus nach späteren Arbeiten entwerfen musste, besitzen wir in den von Hegel und v. Kern mit so grosser Sorgfalt herausgegebenen nürnberger Chroniken [2]), eine Quelle, die uns einen unmittelbaren und zugleich umfassenden Einblick in das Wirken der nürnberger Justiz während des ganzen 15. Jahrhunderts und das dort zu jener Zeit geltende Strafensystem gewährt. Freilich erfahren wir aus ihnen nur das, was dem Laien bei der Strafrechtspflege am meisten in die Augen fällt, den Vollzug der Strafen und die Namen der Verbrechen, durch welche jene bedingt waren. Alles andere bleibt dem Leser in der Regel unbekannt, ja es begegnet dem Chronisten nicht selten, dass er das Verbrechen um dessentwillen die

1) Vergl. Zöpfl, Bamberger Recht, Urkundenbuch. Tit. XIII. § 110 ff.

2) Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis ins 16. Jahrhundert, herausgegeben von der historischen Commission bei der bayerischen Akademie d. W. Bd. 1, 2, 3, 10 u. 11. Leipzig 1862—1874.

von ihm berichtete Strafe erfolgte, zu nennen unterlässt, sei es weil er von ihm keine Kunde hatte, sei es weil er lediglich durch das Interesse an der Hinrichtung in Anspruch genommen wurde [1].

Aber Niemand wird ihm dies zum Vorwurfe machen und den Werth der Chroniken selbst desswegen heruntersetzen wollen, erfährt man doch aus den nürnbergischen Halsgerichts- oder Malefizbüchern [2], welche die Gerichtsprotokolle zu den meisten von den Chronisten überlieferten Verbrechen enthalten, wenig mehr, als uns diese selbst berichten.

Die chronistischen Aufzeichnungen, die für uns in Betracht kommen, erstrecken sich über das ganze 15. Jahrhundert bis zum Jahre 1506, also bis unmittelbar vor die Abfassungszeit der C. C. B.; es sind

1) die Jahrbücher des 15. Jahrhunderts [3].

2) Die Tucher'sche Fortsetzung der Jahrbücher bis 1499 und

3) die Fortsetzung der Chronik H. Deichslers bis 1506 [4].

Bei weitem den grössten Werth für unsere Zwecke hat die Deichsler'sche Chronik, nicht nur, weil ihre Mittheilungen die für uns wichtigste Zeit umfassen, sondern weil der Verfasser, ein biederer Bierbrauer, sich fast lediglich mit den in Nürnbergs Mauern vorgefallenen Geschichten befasst. Wichtige historische Ereignisse, deren Schauplatz Nürnberg und seine nächste Umgebung nicht sind, regen ihn wenig auf; um so eingehender berichtet er die eigentlichen Stadtgeschichten, Besuche von Fürsten, die Fehden der Nürnberger mit ihren Nachbaren, Begräbnisse, öffentliche Lustbarkeiten, Sterbeläufte u. s. w. In dem Zeitraum, über den sich seine Mittheilungen erstrecken, ist in Nürnberg wohl keine peinliche Strafe vollzogen worden, über die er nicht berichtet hätte, ja sogar Executionen in der Nachbarschaft (Windsheim, Schwabach, Bamberg u. s. w.) entgehen seiner Aufmerksamkeit nicht.

Für die Erkenntniss des nürnberger Strafverfahrens lassen die Chroniken aus naheliegenden Gründen nichts erwarten, indessen habe

1) Indessen haben die Herausgeber dasselbe nach erhaltenen Halsgerichtsbüchern u. s. w. in den Anmerkungen gewöhnlich beigefügt.

2) Die in diesen Malefiz- oder Halsgerichtsbüchern befindlichen Protokolle, welche ich selbst auf dem nürnberger Kreisarchive eingesehen, beschränken sich durchgehends auf die Anführung des Datums, der Namen des Richters und der Schöffen, der Partheien und ihrer Fürsprecher, endlich auf die Nennung des Verbrechens und der gefällten Strafe; siehe ein Beispiel in den Chroniken der deutschen Städte. Bd. 11. S. 706. Anm. 1.

3) Chroniken der deutschen Städte. Bd. 10. S. 118 ff. Sie umfassen: die Jahrbücher bis 1469, die Jahrbücher bis 1487 und die Chronik H. Deichslers bis 1487.

4) Die beiden (2. 3.) ebenda. Bd. 11. S. 456 ff. bez. 545 ff.

ich doch zwei Stellen aufgefunden, die uns einen Blick auf ein kleines Stück des peinlichen Processes gestatten.

Die eine Stelle (Bd. 10. S. 308 [11]) erzählt von einer cause célèbre aus dem Jahre 1469, dem Processe des hochangesehenen Patriziers Nicolaus Muffel, der eines Diebstahls am gemeinen Schatze überführt und in Folge dessen zum Tode durch den Strang verurtheilt wurde. Auf dem endlichen Rechtstage widerrief Muffel einen Theil seines Geständnisses: Item er laugent als man in verurtailt vnd sprach: er het es von grosser marter wegen müssen bekennen, er het sorg, man hört der marter nit auf untz er stürb an der marter on unsern lieben herrn, da stunden — so fährt der Chronist fort — zwen schöpfen auf im ring der Niclas Gross und der Hanns Im Hoff und sagten auf ir aide, das er bekannt het, ee man in ie kain marter het angelegt. Ungesäumte Execution war die Folge der Aussage der zwei Schöffen.

Der Bericht dieser Gerichtsscene bildet mit einem anderen aus Deichslers Chronik (Bd. 11 S. 694 [15]) eine vortreffliche Illustration zu Art. 107 der C. C. B. und zugleich zu der Nürnberger H.-G.-O. von 1481, welche bestimmt [1]):

»Item so einer lawgent vnd In die zween schöpfen übersagt haben vnd der Richter nu fragt, wie man den schedlichen man richten soll, alsdann so soll der Richter die zwen schöpfen, die den schedlichen mann besagt haben, der vrtayl auch fragen«. Was Zöpfl [2]) als Zweifel ausspricht, kann desshalb jetzt ganz bestimmt behauptet werden, nämlich, dass diese Stelle von einem vor oder nach der Tortur gemachten Geständnisse zu verstehen ist. Der angeführte Passus der Nürnberger H.-G.-O. ist selbst insofern bemerkenswerth, als er bestimmt, der Richter solle die zwei Schöffen, die das Geständniss des Angeklagten vor dem Gerichte erzeugten, zugleich, also vor den anderen Schöffen, um das Urtheil fragen.

Schwarzenberg hat im Art. 107 (»aber fürter söllen«) das Gegentheil bestimmt, offenbar in der Meinung, dass sich die Funktion eines Zeugen und die eines Urtheilfinders in einer und derselben Person widersprächen. Die Redaktoren des Wormser Projekts der C. C. C. Art. 93 waren anderer Ansicht, sie glaubten, dass die zwei Schöpfen in jener Handlung nicht als Zeugen, sondern als Mitrichter thätig seien und änderten desshalb die Disposition der C. C. B. im Sinne der Nürnberger H.-G.-O. ab. Für das Beweisverfahren entnehmen wir den Chroniken die bedeutsame Thatsache, dass in Nürnberg und seiner nächsten Um-

1) Siebenkees, Materialien. II. S. 543.

2) Bamberger Recht. S. 174. Anm. 1.

gebung noch am Ende des 15. Jahrhunderts, zu einer Zeit also, wo die Beweisgrundsätze des fremden Processes bereits die weiteste Verbreitung gefunden hatten, immer noch auf die alten formellen Beweismittel, die Eideshülfe und das Gottesurtheil, zurückgegriffen wurde. Eine Besiebung a. 1453 wird erwähnt Bd. 10 S. 207 [10], eine Beweisführung mit 30 Eideshelfern a. 1494 Bd. 11 S. 580 [1], vergl. Bd. 10 S. 347 [5], endlich ein unter dem Namen des Bahrrechts bekanntes Ordale a. 1501 Bd. 11 S. 641 [20].

Vielmehr als dies wird sich aus den Chroniken für eine Darstellung des nürnberger peinlichen Processes nicht gewinnen lassen, ausgiebig an Rechtsalterthümern sind dieselben nur für das materielle Strafrecht.

Auf Grund der in ihnen enthaltenen Angaben lässt sich die strafrechtliche Praxis Nürnbergs während des 15. Jahrhunderts folgendermaassen skizziren:

1) Die Strafen der Gotteslästerer waren der Pranger und die Verweisung (Bd. 11 S. 600 [15]), sowie das Aushauen mit Ruthen (Bd. 11 S. 616 [5]). Fast ganz dieselben Strafen (Aushauen und Stadtverweisung) enthält ein Eintrag des Bamberger Correctoriums vom Jahre 1510, welcher die einfache Verweisung der C. C. B. (Art. 127) auf die gemeinen kaiserlichen Rechte und besonders die königliche Ordnung, »so auff gehalten Reychsstag zu wurms auffgericht«, erläutern sollte [1]).

 Indessen scheint für das gotteslästerliche Schwören auch das Zungenausschneiden gebräuchlich gewesen zu sein (Bd. 11 S. 689 [10]) [2]).

2) Die Schmähung des Raths von Nürnberg wurde vorwiegend mit Pranger, Aushauen und Verweisung (Bd. 11 S. 618 [19], 680 [25]) oder auch bloss mit Aushauen und Verweisung (Bd. 11 S. 661 [3]) oder endlich bloss mit Aushauen bestraft (Bd. 11 S. 664 [1]). In einem Falle (Bd. 11 S. 686 [29]) wurde ein Schmäher zu 3 Jahren strenger Haft verurtheilt.

3) Der Bruch einer urpheda de non redeundo hatte wie der Meineid das Abhauen zweier Finger und neue verschärfte Verweisung zur Folge (Bd. 11 S. 658 [27]); ein zweiter Bruch wurde nach Bd. 11 S. 660 [20] mit heftigem Aushauen bestraft. Aus dem Bruche einer urpheda de non redeundo in Verbindung mit einem neuen Dieb-

1) Vergl. Hohbach im Archiv des C.-R. 1844. S. 244.

2) Vergl. die nürnberg. Polizeiordnungen bei Abegg in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. IV S. 454.

stahl ergab sich als Strafe der Strang (Bd. 11 S. 589[8], vergl. Bd. 11 S. 663[11]).

4) Falsche Anklage wurde geahndet mit Brandmalen (»prennen durch ped backen und durch die stirn«), s. Bd. 11 S. 549[6].

5) Ketzerei mit Verbrennen (Bd. 10 S. 136[16]).

6) Zauberei mit Ausstellung auf einer Leiter, gleichzeitiger Brandmarkung und ewiger Verweisung (Bd. 10 S. 306[17]), mit blosser Ausstellung auf der Leiter unter Aufsetzung einer papierenen Inful (Bd. 11 S. 550[16], dazu Note 4), endlich mit dem Feuer, wenn eine Verbindung mit dem Teufel angenommen wurde (Bd. 11 S. 693[25]).

7) Als Strafe für Verrätherei an der Stadt finde ich nur einmal die Viertheilung ausgesprochen; sie wurde indessen auch da aus Gnade in Enthauptung und nachfolgende Viertheilung verwandelt (Bd. 11 S. 669[6]). Im Jahre 1463 wurde ein Jude, der Verrätherei getrieben, am äusseren Balken des Galgens aufgehängt; an die Stelle des traditionellen Hundes, den man neben die Juden hing, trat in diesem Falle eine andere Verschärfung, die Pechhaube (Bd. 10 S. 285[8]). Sehr gewöhnlich als Strafe der Verrätherei scheint die Enthauptung gewesen zu sein (Bd. 10 S. 162[5] und S. 356[8]). Dass einem Verräther die Augen ausgestochen wurden, wird berichtet Bd. 11 S. 549[10].

8) Wegen eines Aufruhrs wurden im Jahre 1457 zwölf Leute, »die der sach ein anfangk waren«, also die Rädelsführer, mit dem Schwerte gerichtet (Bd. 10 S. 222[5–12]). Vergl. C. C. B. Art. 152.

9) Landzwinger, Befehder, Stadtfeinde traf das Schwert (Bd. 10 S. 256[13], S. 257[3], S. 347[28]; Bd. 11 S. 589[21], S. 665[16], S. 667[1]), ebenso diejenigen, die solche Leute hausten (Bd. 11 S. 648[10]).

10) Das Verkaufen von Kindern an Juden, die solche nach der Vorstellung jener Zeit zu ihrem Cultus nöthig hatten, zog das Lebendigbegraben nach sich (Bd. 10 S. 168[7]).

11) Die Chroniken geben den deutlichen Beweis, dass in Nürnberg eine genaue Unterscheidung von Mord und Todtschlag nicht bloss den Gerichten, sondern auch dem gemeinen Manne geläufig war. Worin man das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Tödtungsarten erblickte, lässt sich freilich nicht bestimmt angeben. Die Morde, über die die Chronisten Näheres berichten, lassen sich etwa als vorbedachte und zugleich als schändliche Tödtungen bezeichnen, Letzteres desshalb, weil sie entweder aus einem niedrigen Motive (der Gewinnsucht) hervorgingen (Bd. 10 S. 167[5], S. 315[1]; Bd. 11 S. 575[6]), oder weil zwischem dem Mörder und dem Ermor-

deten ein Verhältniss bestand, das zur Treue verpflichtete oder doch Vertrauen erwecken musste (Bd. 10 S. 205 [9], S. 348 [4]; Bd. 11 S. 628 [11], S. 645 [9]; vergl. auch noch Bd. 11 S. 573 [15], S. 645 [8], S. 656 [17], S. 697 [19], S. 699 [28]).

Die Strafe für den Mord war ohne Ausnahme das Rad, in den meisten Fällen verschärft durch vorgängiges Schleifen.

In Bamberg wurden nach dem Bericht des Chronisten am 21. November 1460 zwei Mörder gerädert; die Frau des Ermordeten, die den Thätern geholfen, erlitt ebenfalls die Todesstrafe (Bd. 10 S. 258 [4]).

Bei Tödtung durch Vergiftung, verübt von einer Ehefrau an ihrem Gatten, wurde die Delinquentin vor der Hinrichtung mit glühenden Zangen gezwickt (Bd. 10 S. 381 [8]).

Merkwürdig ist der Fall in Bd. 11 S. 702 [5], wo ein Weib wegen Vorbereitungshandlungen zum Giftmorde (Ankauf des Gifts) gebrandmarkt wird.

Ein Mordversuch, bei dem ausdrücklich hervorgehoben wird, dass er heimlich geschah, wurde auf die Fürbitte des Bischofs von Magdeburg, nur mit Augenausstechen geahndet (Bd. 11 S. 596 [24]) und eine Anstiftung zum Morde, deren Resultat schwere Körperverletzung war, an der Anstifterin mit Brandmarkung bestraft (Bd. 11 S. 658 [15]).

Die Schwertstrafe für den Todtschlag wird erwähnt Bd. 10 S. 366 [16]; Bd. 11 S. 589 [13], S. 632 [1] u. S. 663 [14]. — Ueber eine culpose Tödtung (aus dem Jahre 1485), die sehr an das eine der Beispiele im Art. 172 der C. C. B. erinnert und die von dem nürnberger Rathe, allerdings aus einem ganz unjuristischen Grunde, straflos gelassen wurde, berichtet Bd. 10 S. 375 [13]. — Bd. 11 S. 578 [24] — 580 [2] erzählt, wie ein nürnbergischer Angehöriger Namens Hofmann wegen Theilnahme an einer Rauferei, in der Einer umkam, von dessen Angehörigen am Halsgerichte zu Langenzenn »um mort« angesprochen und da zum Rade mit Schleifen verurtheilt wurde, wie seine Freunde ihn auf der Richtstatt loskauften, wie aber der Rath von Nürnberg, der das Urtheil ungerecht fand, die Zahlung der Loskaufsumme verhinderte und es dazu brachte, dass der Angeschuldigte sich am selben Gerichte mit 30 Eideshelfern losschwören konnte.

Bei einer Tödtung, die ein Wahnsinniger an einem Schüler vollbrachte, beschloss der nürnberger Rath, »fleis ze thun, daz des

erstochen knabens Vater umb seinen schaden ergetzung und abtrag geschehe« (Bd. 11 S. 575[7] Note 4).

Der Selbstmord und zwar nicht blos derjenige, der geschah, um sich einer Verbrechensstrafe zu entziehen, wurde regelmässig durch das Verbrennen des Leichnams bestraft (Bd. 10 S. 310[12], S. 350[7], S. 352[3]); nur wenn nachgewiesen wurde, dass der Selbstmörder unsinnig gewesen, wurde das Verbrennen des Leichnams unterlassen und vom bamberger Bischofe die Erlaubniss ertheilt, den Todten in geweihter Erde zu bestatten (Bd. 11 S. 623[8], S. 661[9]).

12) Die regelmässige Strafe für die Brandstiftung, insbesondere für den Mordbrand war das Feuer (Bd. 10 S. 341[4]; Bd. 11 S. 583[8], S. 613[1], S. 647[21]; vergl. Bd. 11 S. 589[21] Note 5); das Enthaupten erscheint als Gnade (Bd. 11 S. 594[16] Note 6). Bd. 11 S. 669[4] berichtet, dass einer, der zu brennen gedroht hatte, mit Ruthen ausgehauen wurde. Ein Fall, wo Brandstiftung mit Entführung concurrirte, wurde mit Enthauptung und nachträglicher Verbrennung gestraft.

13) Unbedingt am gleichförmigsten bleibt die Strafe für den Raub, das Schwert (Bd. 10 S. 160[5], S. 257[5], S. 260[1], S. 346[4], S. 352[1]; Bd. 11 S. 557[4], S. 572[29], S. 597[7], S. 648[17], S. 649[3] Note 2, S. 655[6] Note 3, S. 656[17], S. 660[4] Note 2, S. 663[8], S. 667[5], S. 692[19], S. 697[14], S. 699[4], S. 706[12]). Um so mannigfaltiger sind

14) die Strafen für den Diebstahl.

a) Die meist erwähnte Strafe und wohl die gewöhnliche für den ersten oder für den kleinen Diebstahl ist das Aushauen mit Ruthen, stärker oder schwächer, gewöhnlich ohne Kleider, aus besonderer Vergünstigung (Bd. 11 S. 667[12]) mit solchen (Bd. 10 S. 366[14]; Bd. 11 S. 592[13 u. 20], S. 598[10 u. 12], S. 616[3], S. 628[8], S. 652[3], S. 656[24], S. 698[3]). — Bd. 11 S. 657[19] tritt es aus Gnade an Stelle des Stranges.

b) Ganz vereinzelt erscheint die Strafe des Ohrenabschneidens (Bd. 11 S. 591[5] Note 2, auch Bd. 10 S. 351[13]) und

c) die des Steintragens (Bd. 11 S. 661[3]).

d) Die Enthauptung (Bd. 10 S. 214[1], S. 306[5]; Bd. 11 S. 597[7], S. 669[28]). Diese ehrliche Strafe liess das Gericht an Stelle des Stranges treten, wenn es entweder Barmherzigkeit üben wollte (Bd. 11 S. 706[10], S. 648[17] Note 5), oder wenn ihm Milderungsgründe vorzuliegen schienen.

Bei Beutelschneidern war dieselbe nicht ungewöhnlich (Bd. 11 S. 699[12]).

e) Das Hängen (Bd. 10 S. 366 [25], S. 369 [9]; Bd. 11 S. 498 [7], S. 572 [13], S. 574 [13], S. 592 [13], S. 652 [19], S. 658 [26] Note 4, S. 669 [24] Note 2, S. 697 [1] Note 1, S. 701 [17]). Welches die Voraussetzungen dieser Strafe waren, lässt sich mit Gewissheit kaum sagen; sie scheint vorzüglich bei grossen Diebstählen, beim Rückfall (Bd. 10 S. 366 [11], Bd. 11 S. 632 [6], S. 656 [24], S. 663 [11], vergl. zum letzten Fall S. 658 [20] u. S. 660 [20]) oder sonst beim Vorliegen erschwerender Umstände (Bd. 10 S. 329 [3]) angewendet worden zu sein.

f) Die dem Hängen entsprechende Strafe bei Weibern war das Lebendigbegraben. Sie wurde 1500 an einer Frau vollzogen wegen eines von ihr begangenen grossen Diebstahls, nachdem, dieselbe früher schon einmal mit dem Ertränken bestraft worden, aber wieder herausgekommen war (Bd. 11 S. 614 [1]). Vergl. noch Bd. 10 S. 385 [8] und Bd. 11 S. 661 [7].

Von grosser Bedeutung mit Rücksicht auf die C. C. B. Art. 190 scheint mir die Thatsache zu sein, die unwiderleglich aus den Chroniken hervorgeht, dass bei der Bestrafung des Diebstahls stets Rücksicht auf das Alter des Verbrechers genommen wurde. Junge Diebe wurden in Nürnberg regelmässig mit dem Aushauen bestraft, sogar wenn dieselben rückfällig waren (Bd. 11 S. 705 [23]). Der jüngste Verbrecher, von dem uns Deichsler die Execution dieser Strafe berichtet, hatte ein Alter von 12½, der älteste ein solches von 16 Jahren (Bd. 11 S. 660 [25] u. S. 598 [10], vergl. noch Bd. 10 S. 347 [23], S. 366 [7] (14 Jahre), Bd. 11 S. 578 [12] (15 Jahre), S. 640 [27], S. 663 [26] (13 Jahre), S. 700 [2] (14 Jahre), S. 705 [23]). Bei besonders schweren Diebstählen scheint man allerdings die Jugend des Thäters nicht mehr in Betracht gezogen zu haben [1]) (Bd. 11 S. 656 [24]). Mit 18 Jahren galt der junge Verbrecher jedenfalls bereits für vollkommen zurechnungsfähig (Bd. 10 S. 329 [3]; Bd. 11 S. 696 [24]). Ein Fall, wo das jugendliche Alter die Strafe ganz ausschloss, berichtet Bd. 11 S. 657 [19]. — Neben dem jugendlichen Alter muss man in Nürnberg auch auf den Charakter des Diebes, näher besonders darauf gesehen haben, ob bei demselben auf Besserung zu hoffen sei, denn bei dem in Bd. 11 S. 663 [11] berichteten Falle, wo Peter Ziegler, eines Glasers Sohn, nach wiederholter Bestrafung »umb sein bekannt dieberey« mit dem Strange gerichtet wird, enthält der entsprechende Eintrag in das Rathsmanual

1) Bd. 11 S. 700 [2]: Item darnach am eritag da hieb man aber einen mit gerten auss pei 14. jarn. man furet in der ratstuben fur ieden herrn, fragten ob er alt genug wer zu henken, wann er het das henken wol verdient.

(1503 Juli 4) die Bemerkung: »nachdem enicher pesserung kein hofnung ist«. Vergl. C. C. B. Art. 184: »were aber der dieb ein ehrliche person, da bey besserung zuhoffen were«.

Zwei Fälle der Unterschlagung anvertrauten Gutes werden berichtet Bd. 11 S. 663[8], S. 689[13]; die bei denselben erkannten Strafen waren das Aushauen beziehungsweise die Enthauptung, letztere aus Gnade für das Hängen zugelassen.

Die Strafe des Kirchendiebstahls war das Feuer (Bd. 10 S. 347[25]). Ein Kirchendiebstahl concurrirend mit dem Versuch eines solchen wurde 1490 mit dem Strange bestraft (Bd. 11 S. 558[1]—559[8], dazu S. 559 Note 1).

Ein Fall der Hehlerei, der die Ausstellung am Pranger nach sich zog, steht Bd. 11 S. 702[10].

Dass endlich die nürnberger Obrigkeit gegen den Dieb einschritt, auch wenn der Bestohlene nicht klagen wollte, beweist der Fall von Bd. 11 S. 701[17]. Vergl. C. C. B. Art. 269.

15) Unter den Fälschungsverbrechen stehen natürlich die Münzfälschungen obenan. Die Nürnberger erweisen sich in ihrer Behandlung ausserordentlich streng, sie bestrafen nicht nur das Verfertigen neuer Münzen, sondern auch das Verschlechtern derselben durch Beschneiden u. s. w. mit dem Feuer[1]) (Bd. 10 S. 160[5], S. 256[1-6], S. 283[19], vergl. Bd. 10 S. 314[24]). Im Jahre 1482 wurde ein Münzverschlechterer geköpft, was nach der ausdrücklichen Bemerkung des Chronisten zuvor nie geschehen war (Bd. 10 S. 366[5]). — Die Schwertstrafe, aus Gnade für die des Feuers zugelassen, wird noch erwähnt Bd. 10 S. 297[4] und Bd. 11 S. 572[21].

Das wissentliche Verwechseln falschen Geldes wurde mit dem Brandmalen bestraft (Bd. 11 S. 572[24]).

Von anderen Fälschungen wird angeführt das Anfertigen von falschen »briefen« d. h. von Urkunden, Strafe: der Pranger mit Brandmarkung (Bd. 11 S. 598[1]), sowie das Nachmachen von falschen Briefen und Siegeln, Strafe: das Feuer (Bd. 10 S. 245[5]).

Berühmt wurde der Fälschungsfall des bekannten Bildschnitzers Veit Stoss. Der Künstler hatte anno 1503, um sich für einen früheren Capitalsverlust schadlos zu halten, einen auf den Kaufmann Bauer lautenden Schuldbrief von 1200 fl. angefertigt und

1) Vollkommen übereinstimmend die Polizeiordnungen bei Baader a. a. O. S. 147. Vergl Abegg a. a. O. S. 460 ff. Für die Fälschungen von »maas, wag und kauffmanschafft« bieten die Polizeiordnungen ebenfalls Ausführliches. Vergl. Abegg S. 462 ff.

auch des letzteren Siegel nachgeahmt; er war des Verbrechens geständig. Stoss wurde gebrandmarkt und auf ewige Zeit verwiesen — »man het nie keinen so lind geprennt, wann er het gross vil gepete, wann man wolt im die augen ausgestochen haben«, sagt der Chronist (Bd. 11 S. 667 18—668 15).

16) Auffallend ist, dass die Chroniken so wenig über Bestrafungen von Sittlichkeitsverbrechen zu erzählen wissen.

Ein Fall zeigt, dass die Doppelehe das Ertränken nach sich zog [1]) (Bd. 10 S. 168 11), mehrere andere, dass die Kuppelei mit dem »stain« bestraft wurde [1]) (Bd. 11 S. 656 22–23, vergl. Bd. 11 S. 600 24).

Gaben uns die Chroniken einen offenbaren Beweis von der grossen Energie und Strenge, mit der die nürnberger Behörden die Strafjustiz ausübten, so lassen sie auf der anderen Seite die Mängel derselben nicht minder deutlich durchblicken.

Zwei Umstände sind es, die den Leser vor Allem befremden müssen, einmal der übermässige Gebrauch, der von den zahlreichen Freistätten gemacht wird, so dann die Art und Weise, wie sich der nürnberger Rath durch die Bitten der Verwandten und Freunde des Verbrechers beeinflussen lässt. Unzählige Male lesen wir, dass die Strafe theils gemildert, theils ganz erlassen wurde. Warum? »Het grosse pit«, gibt uns der Chronist fast durchgängig zur Antwort (Bd. 10 S. 351 15; Bd. 11 S. 637 5, S. 661 25, S. 663 19 u. s. w.). Besonders arg ist der Fall in Bd. 11 S. 577 9, wo von zwei Dieben der eine auf Bitten seiner Frau durch die Vermittlung Herzog Albrecht des Beherzten von Sachsen erbeten, der andere gehängt wird [2]). Welchen bösen Einflüssen die Strafrechtspflege auf diese Weise ausgesetzt war, liegt auf der Hand: schnöde Gunst unter dem Scheine richterlicher Milde, persönliche Rachsucht, Partheihass und Fanatismus unter dem Deckmantel amtlicher Energie hatten da ein leichtes Spiel.

Indessen sehen wir von diesen Gebrechen der nürnbergischen Strafrechtspflege ab, mit denen ja auch die C. C. B. nicht aufräumen konnte (Art. 207), und fragen wir uns, ob die eben entworfene Skizze uns gestattet, mit Malblank zu behaupten, dass Schwarzenberg

1) Ueber die Entführung, die mit zehnjährigem Gefängniss oder mit ebenso langer Verbannung geahndet wurde, vergl. Baader a. a. O. S. 21 und Abegg a. a. O. S. 466.

2) Ueber die Freiungen Nürnbergs vergl. Siebenkees, Beitr. z. teutschen Recht. IV. S. 222. Auch vom Taidigen wissen die Chroniken zu erzählen. Bd. 11 S. 563 1. Vergl. auch Siebenkees, Materialien. III. S. 67—70. Unrichtig Rosshirt, Geschichte und System. I. S. 148. § 77 c.

bei Abfassung seines Gesetzbuches die nürnbergische Praxis in peinlichen Sachen vor Augen gehabt und benutzt habe.

Ich glaube nicht, dass wir durch dieselbe zu einer derartigen Annahme irgendwie gezwungen sind. Wir haben zwar zwischen der im Vorigen dargestellten Praxis der peinlichen Gerichte Nürnbergs und den Strafsatzungen der C. C. B. unläugbar eine grosse Verwandtschaft entdeckt, allein lässt sich diese nicht sehr leicht auf die Thatsache zurückführen, dass die Uebung der Strafgerichte Bambergs dieselbe oder wenigstens eine ähnliche war, wie die der nürnbergischen? Solange dieser Einwurf ein berechtigter genannt werden muss, solange wird auch die Behauptung Malblanks nur als möglich, nicht als sicher bezeichnet werden dürfen.

Hatte das Bild, das wir von der nürnberger Strafrechtspflege auf Grund der Chroniken zu entwerfen versuchten, nicht den Nutzen, eine unsere Untersuchung direkt berührende Frage in definitiver Weise zu entscheiden, so wird es uns wenigstens ein eingewurzeltes, bis in unsere Zeit hineinragendes Vorurtheil gegen die C. C. B. und C. C. C. beseitigen helfen.

Es gehörte bekanntlich eine gewisse Zeit lang in der juristischen Welt zum guten Ton, in der C. C. B. und C. C. C. die Produkte der rohesten Barbarei zu erblicken und über Schwarzenbergs Gesetzgebung überhaupt ein unbedingtes Verdammungsurtheil zu fällen. Stulta in dubio semper Carolina est! rief seiner Zeit Hommel[1]. Inter omnes JCtos, quotquot unquam consiliis principum adhibiti sunt, nulli ineptiores fuerunt iis, per quos Carolus V. imperator suas de criminibus leges compilavit! meinte einst Augustin von Leyser[2]. — Solche und ähnliche Urtheile bedürfen keiner Kritik. Indessen ist sogar bis auf unsere Zeit, die doch Alles, was früher hinsichtlich der Schätzung von Schwarzenbergs Verdiensten versäumt wurde, mehr als reichlich nachgeholt hat, der Vorwurf einer grossen Härte und Grausamkeit des Strafensystems auf der C. C. B. und C. C. C. haften geblieben. Und in der That — meint Hälschner[3] — werde ihnen dieser Vorwurf nicht bloss mit Recht gemacht, sondern er treffe sie um so mehr, weil diese Strafen nun in volle praktische Wirksamkeit getreten seien, während früher das nur zu häufig geübte Recht der Gerichte, die Strafen

1) Rhapsod. observ. 893.

2) Meditationes ad Pandectas sp. 633, med. 1. Vergl. noch Semmler, Etwas über den inneren Werth der P. G.-O. in Hagemann's und Günther's Archiv für theoret. und pract. Rechtsgelehrskt. Bd. I. S. 161 ff. und Vezin, Topographien. Th. I. S. 78—85.

3) Geschichte. S. 94.

durch Bussen ablösen zu lassen, ein bequemes Mittel in die Hand gegeben habe, ihre Härte zu mildern. Dazu komme, — fährt Hälschner fort — dass die C. C. B. gleichsam die ganze Masse der in Deutschland zerstreuten Leibes- und Lebensstrafen gesammelt habe und sie alle neben einander zur Anwendung bringe, während sich die deutschen Statutarrechte bis dahin immer mit einer viel geringeren Anzahl dieser Strafen begnügt hätten.

Der Einblick in die Strafpraxis Nürnbergs, den uns die Chroniken verschafften, hat uns gezeigt, wie schief und unrichtig die vorigen Bemerkungen Hälschners sind; wir sind durch denselben zur Ueberzeugung gelangt, dass Schwarzenberg nicht einmal alle in Nürnberg gebräuchlichen Strafen in seinem Gesetzbuche verwandt, geschweige denn die in ganz Deutschland bestehenden gesammelt hat, sodann dass er die von ihm beibehaltenen härteren Strafen (wie das Lebendigbegraben) gegenüber der nürnberger Praxis soviel wie möglich einzuschränken bestrebt war. Fügt man noch hinzu, dass er vermöge einer geschickten Würdigung des Maasses der Schuld bei den einzelnen Verbrechen diese selbst zu den verschiedenen Strafen in ein richtigeres und festes Verhältniss brachte, so wird man zugestehen müssen, dass Schwarzenberg Alles gethan hat, was er thun konnte, um dem damals herrschenden Strafensysteme einen menschlicheren Charakter zu verleihen. Hätte er, philanthropischen Gefühlen sich überlassend, mehr gethan, so würde seine Gesetzgebung sicherlich »nach gelegenheyt dieser zeyt vnd lande unbequem vnd nit wol müglich zu geprauchen« gewesen sein.

§ 9. 3) Die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell.

Literatur.

v. Wendt in den Bayerischen Annalen Jahrgang 1834, No. 137 (in der Beilage dazu eine Ausgabe der Tiroliensis mit Paragrapheneintheilung), No. 139, 151, 152.

Walchner in Falck's Eranien. Lief. 2, No. 6. 1826. (auf S. 80—89 eine Ausgabe der Radolphzeller H.-G.-O. mit Paragrapheneintheilung).

Rapp in den Beiträgen zur Geschichte Tirols. Bd. V. 1829. S. 131—142. (mit einer Ausgabe der Tiroliensis).

Martin, Lehrbuch des Strafrechts. § 2, Note 6.

Mittermaier im N. Archiv des C.-R. Bd. IX. 1827. S. 44 ff. u. Jahrgang 1836. S. 319.

Rosshirt, Beiträge zum römischen Recht. 1820. S. 111 ff.

Derselbe, Geschichte u. System des d. St.-R. I. S. 199—201, S. 221 u. 242.

Zoepfl, Das alte Bamberger Recht. 1839. S. 159 ff.

Herrmann, Johann von Schwarzenberg. 1841. S. 33 ff.

Haelschner, Geschichte des brandenb.-preuss. St.-R. S. 71 ff.

Wahlberg in der Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft. Bd. IV. 1859. S. 131 ff. (als Separatabdruck. Wien 1859), jetzt auch in Wahlbergs gesammelten kleineren Schriften und Bruchstücken über St.-R. und St.-P. Bd. II. Wien 1877. S. 86—114.

Hye in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrgang 1844. Bd. I. S. 353—386.

Wahlberg in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. I, 2. S. 460—67.

Ausgaben: Für die Tiroliensis die von v. Wendt (cit. als Wt.) und die von Weiske (cit. als We.) in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechts. S. 187—198. — Für die Radolphzeller H.-G.-O. die von Walchner.

So gewiss der Ruhm, eine neue Aera für das deutsche Strafrecht geschaffen zu haben, immer mit Schwarzenbergs Gesetzgebung verknüpft bleiben muss, so verkehrt wäre es, desswegen ihr Verdienst in der Schöpfung nagelneuer, jener Zeit noch ferne liegender Dinge suchen zu wollen. Ein möglichst tiefer und vollständiger Einblick in die noch vielfach unklaren strafrechtlichen Verhältnisse des 15. Jahrhunderts zeigt im Gegentheil, dass es fast für keine Neuerung der C. C. B. an Anknüpfungspunkten mit der Vergangenheit fehlt und dass die Schöpferkraft ihres Verfassers darin besteht, das, was der ganzen Zeit auf der Zunge lag, ausgesprochen zu haben. Wie hoch sich daher auch die C. C. B. über das Strafrecht ihres Zeitalters erheben mag, vereinzelt steht sie desswegen nicht da, sie gehört vielmehr als Glied in eine ganze Kette von Erscheinungen, welche im Wesentlichen den Zweck verfolgen, dem Conflicte zwischen dem einheimischen und fremden Rechte abzuhelfen [1].

Die drei Codificationen, die in dieser Richtung bereits vor der C. C. B. mit Erfolg thätig gewesen sind und die, mag Schwarzenberg nun aus ihnen Stoff, Belehrung oder sonstigen Gewinn gezogen haben oder nicht, immer als die Vorläufer seines Gesetzbuchs und damit als die Vorboten der neuen Aera bezeichnet werden müssen, sind die sog. Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolphzell (1506) und die Wormser Reformation; die letztere, obgleich älter, steht mit ihrem strafrechtlichen Theile (Bch. 6, Th. 2) demungeachtet höher als die beiden ersteren, wir wenden uns daher zuerst zu diesen.

Unter dem Namen der Maximilianischen Halsgerichtsordnungen begreift man 4 Strafgesetze, die Kaiser Maximilian I. für einen Theil von Tirol, für die Städte Radolphzell und Laibach und für Oesterreich unter der Enns erliess. Die Laibacher H.-G.-O., eine Nachbildung der

1) Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts. 1859. S. 204.

Tiroliensis, datirt aus dem Jahre 1514; demselben Jahre gehört auch die L.-G.-O. für Oesterreich unter der Enns an.

Obgleich jünger als die drei Malefizordnungen steht die L.-G. O. ihrer strafrechtlichen Entwickelungsstufe nach dennoch tiefer: in ihr ist noch die privatrechtliche Auffassung des Verbrechens festgehalten und im Zusammenhang damit der Privatanklageprocess als die herrschende Processform behandelt, die dem Offizialverfahren nur für den Fall weicht, dass »khain clager nit wer«; freilich ist auf der anderen Seite nicht zu läugnen, dass sie die Thatbestände einzelner Verbrechen sowie einzelne Strafmomente derselben feiner ausgebildet hat, als ihre Schwestern[1].

Ob durch diese L.-G.-O., wie Hye a. a. O. meint, ein neues Objekt des Streites über die Quellen der Carolina hinzukommt, ist eine Frage für sich, scheint mir aber sehr unwahrscheinlich. Wie dem im Uebrigen auch sei, für unseren Zweck ist aus naheliegenden Gründen weder die Laibacher H.-O. noch die L.-G.-O. für Oesterreich unter der Enns von Interesse, so wichtig beide für die Geschichte des deutschen, insbesondere des österreichischen Strafrechts sein mögen.

In einem ähnlichen Verhältnisse, wie die Laibacher, steht zur Tiroliensis auch die Radolphzeller H.-G.-O.: sie ist, wie schon eine oberflächliche Vergleichung zeigt, nichts weiter als ein Auszug aus jener. Es fehlen in der Radolphzeller H.-G.-O. die in v. Wendts Ausgabe als § 4, 11, 17, 32, 34, 45—47, 49—51, 54—56, 58—64 aufgeführten Stücke der Tiroliensis und von den als § 1, 33, 69 bezeichneten der grösste Theil, ganz abgesehen von den Veränderungen, die fast jeder Paragraph in Ausdruck und Schreibweise erfahren hat. Während endlich der § 20 der Radolphzeller H.-G.-O. sich darauf beschränkt, für die Diebe die Strafe des Stranges bezw. des Ertränkens festzusetzen, nimmt die Tiroliensis § 33 in sehr bedeutungsvoller Weise noch auf die Grösse des Diebstahls und auf das Alter des Diebes Bedacht.

Martin hat das Verdienst, zuerst auf unsere Tiroliensis aufmerksam gemacht und die Frage aufgeworfen zu haben, ob nicht zwischen ihr und der C. C. B. ein näheres Verhältniss bestehe.

Nachdem Rosshirt[2] diese Muthmassung in wenig sachlicher Weise für unbegründet erklärt hatte, nahm sich v. Wendt in einem fleissigen Aufsatze der Tiroliensis wieder auf ganz energische Weise an, zwar weder so, dass er, wie Herrmann sich ausdrückt, dieselbe als eine von

1) Vergl. Wahlberg in der Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- u. Staatswissenschaft. Bd. IV. S. 132 u. 135.

2) Vergl. besonders seine Geschichte und System. I. S. 200.

Schwarzenberg gepflückte Frucht darzustellen suchte, noch so, dass er, wie Rosshirt sagte, das Verdienst des bambergischen Gesetzgebers in die zweite Linie setzen wollte [1]. Weit entfernt, den Verdiensten Schwarzenbergs irgendwie Abbruch zu thun, erblickt er in der Tiroliensis vielmehr die von dem letzteren höchst wahrscheinlich benutzte Skizze, aus der dann unter Zuziehung anderer Hülfsquellen die vollständigere Ausführung erwachsen sei. Auch Mittermaier fühlte sich durch die Auffindung der Radolphzeller H.-G.-O. bewogen, sein Votum zu Gunsten der Tiroliensis abzugeben, da sich nun deutlich ergebe, dass die letztere nicht mehr isolirt dastehe, sondern ihre Verbreitung von Maximilian I. beabsichtigt worden, ein Umstand, der die Bekanntschaft Schwarzenbergs mit diesem Gesetze fast zur Gewissheit erhebe [2].

Indessen hatte die Entdeckung einer verschollenen Rechtsquelle, des Bamberger Stadtrechts, Zöpfl in den Stand gesetzt, nachzuweisen, dass v. Wendts Ansicht sehr zu ermässigen sei, so sehr, dass Herrmann, um die Quelleneigenschaft der Tiroliensis überhaupt noch aufrecht zu erhalten, es für nöthig fand, an der Hand genauer historischer Angaben zu zeigen, wie hochwahrscheinlich es sei, dass Schwarzenberg die Tiroliensis gehabt habe.

Seitdem ist es ein dictum tralaticium der Lehrbücher des Strafrechts, die Tiroliensis beziehungsweise die Radolphzeller H.-G.-O. sei Quelle der C. C. B. Manche derselben führen unbegreiflicher Weise beide Quellen in einer solchen Verbindung an, dass sie den Leser nothwendig zum Glauben veranlassen, Schwarzenberg habe aus der einen wie der anderen geschöpft. Nun ist aber nach dem zu Anfang dieses Abschnittes Ausgeführten klar, dass Schwarzenberg, selbst den günstigsten Fall vorausgesetzt, dass er beide Strafgesetze kannte, nur die Tiroliensis benutzt haben wird, da die Radolphzeller H.-G.-O. als blosser Auszug nur das zu bieten im Stande war, was diese in vollständigerer Weise aufzeigte. An eine successive Benutzung zuerst der Radolphzeller H.-G.-O., dann der Tiroliensis ist desshalb nicht zu denken, weil diese ja sieben Jahre früher als jene erschien.

Nicht minder klar ist ferner, dass, wenn wir im Laufe unserer Untersuchung dazu kommen sollten, eine Verwendung der Tiroliensis durch Schwarzenberg als höchst fraglich zu bezeichnen, die Möglichkeit die Quelleneigenschaft der Radolphzeller H.-G.-O. aufrecht zu erhalten noch viel geringer sein muss, einmal weil dieselbe im Jahre 1506, also

1) Vergl. besonders a. a. O. S. 2137 No. 152 Anfang.

2) Vergl. in ähnlichem Sinne Wahlbergs Note über die Tiroler und Laibacher M.-O. in den Oesterr. Blättern für Literatur und Kunst. 1856. S. 100.

mit Rücksicht auf die C. C. B. gewissermaassen vor Thorschluss erlassen wurde, sodann weil sehr bedeutungsvolle Stellen der Tiroliensis, auf die sich allenfalls die Annahme einer Verwandtschaft gründen liesse, in ihr gänzlich fehlen. Wir können uns daher bei unserer Untersuchung getrost auf die Betrachtung des Inhalts der Tiroliensis beschränken. Das Resultat, das sich aus jener ergeben wird, sei es nun positiv oder negativ, wird sich von selbst und in entsprechender Weise auf die Radolphzeller H.-G.-O. übertragen.

Wenn wir auch die Behauptung, dass die Tiroliensis vorwiegend auf den Process berechnet sei[1]), keineswegs für richtig halten, denn die Bestimmungen über materielles Strafrecht nehmen bei ihr mindestens ebensoviel Raum ein wie die processualen, so wollen wir doch gerne zugeben, dass die in ihr enthaltenen Normen über das Strafverfahren gerade diejenigen sind, die sie über den Standpunkt der mittelalterlichen Rechtsbücher erheben und ihr einen Platz an der Schwelle der durch und mit der C. C. B. beginnenden neuen Epoche der deutschen Strafrechtspflege anweisen.

Das in der Tiroliensis[2]) enthaltene Verfahren bezeichnet einen völligen Bruch mit dem älteren Processe: es ist so ausschliesslich das inquisitorische, dass der Accusationsprocess fast mit keinem Worte mehr erwähnt wird. Dabei hat ein erstarktes Bewusstsein landesherrlicher Fürsorge diesen Inquisitionsprocess mit solcher Energie vorgezeichnet, dass die Behörden in allen Fällen, wo der Verletzte oder seine Freundschaft nicht klagen will, auf eigene Kosten gegen den Verbrecher einzuschreiten verpflichtet sind[3]).

Seinem inquisitorischen Charakter entsprechend ist das Verfahren der Tiroliensis zum guten Theil schriftlich und, als ob der Gegensatz zur Vergangenheit noch verschärft werden müsste, heimlich, nur wenn »ainer oder aine irs glimpfs Eeren oder fuegen beschuldigt« wird, soll die gerichtliche Verhandlung öffentlich sein, jedoch das Urtheil auch

1) Vergl. Rosshirt, Beiträge. S. 111.

2) Das Verständniss der Tiroliensis wird nicht selten durch eine Vergleichung mit der Tiroler Landesordnung von 1526, in die sie vollständig übergegangen ist, erleichtert. Ueber die Tiroler L.-O. von 1526 referirt ausführlich Oberweis in der Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft (v. Haimerl). Bd. XVII. S. 22 ff. und Bd. XVIII. S. 174 ff.

3) Wt. § 37, We. S. 191 letzter Absatz: »vnd ob des leiblosen früntschaft jn nicht berechtenn wolten, so soll nicht destmynder die Rechtvertigung von obrigkait auff jrn kosten den berechten lassen«. Ebenso spricht schon eine Verordnung für Tirol von 1496 § 2 (Beilage zu No. 137 der Bayer. Annalen S. 9). Vergl. den ganz übereinstimmenden Art. 269 der C. C. B.

in diesem Falle bei verschlossenen Thüren gefällt werden. (Wt. §2 u. 3, We. S. 188 Abs. 1).

Das Institut eines öffentlichen Anklägers, des in der Radolphzeller H.-G.-O. sogenannten »Stadtklägers«, kennt die Tiroliensis nicht.

Ein verurtheilendes Erkenntniss bauen beide Malefizordnungen lediglich auf das Geständniss des Beklagten. Wenn derselbe läugnet und doch genügende Verdachtsgründe vorliegen, tritt desshalb immer erst die Folter ein, die das Gericht auf Grund dieser Verdachtsgründe interlocutorisch decretirt.

Diese Grundsätze gelten nicht bloss dann, wenn Jemand in Folge »pöser anzaigen oder ynnzicht« angenommen wird, sondern auch dann, wenn man den Verbrecher auf handhafter That ergreift. Auch hier lässt die Tiroliensis, sobald ein freiwilliges Geständniss von ihm nicht zu erlangen ist, die Tortur zu, und die einzige Modification des Verfahrens, welche die handhafte That zu bewirken vermag, besteht darin, dass das Geständniss des gefolterten Thäters durch Erkundigungen von Seiten des Richters nicht weiter verificirt zu werden braucht.

Einen eigenthümlichen Verlauf des Processes bedingt nur die Abwesenheit oder Flucht des Verbrechers. Hier wird derselbe in althergebrachter Form durch den Frohnboten in den Städten vor dem Rathhause, auf dem Lande vor der Gerichtsstätte dreimal in Zwischenräumen von je 14 Tagen aufgefordert, an einem bestimmten Tage vor dem betreffenden Strafgerichte zu erscheinen, bleibt die Ladung erfolglos, so erlässt dasselbe ein Contumacialerkenntniss.

Wenn dieses eine Achtserklärung enthält, so muss es öffentlich verlesen werden, damit die Blutsfreunde der beiden Partheien davon Kenntniss erlangen können (Wt. § 41 ff., We. S. 192 Abs. 2.).

Das beschriebene Verfahren ist, obwohl der Name nicht ausgesprochen wird, nichts Anderes als der Mordachtsprocess der C. C. B., den diese aber selbstverständlich nicht erst aus der Tiroliensis zu erlernen brauchte, sondern in dem Bamberger Stadtrechte bereits mit grösster Vollständigkeit dargestellt fand.

Ueber das Beweismittel der Zeugenaussage beobachtet die Tiroliensis das tiefste Schweigen, und Wahlbergs Behauptung, dass sie auch in diesem Punkt als Vorläuferin der C. C. B. zu betrachten sei, hat in dem Wortlaute der M.-O. selbst nicht den geringsten Anhalt. Es ist dieses Stillschweigen um so auffallender, als eine für Tirol erlassene Verordnung Maximilians I. von 1496 [1]) die Beweisführung mit Zeugen

1) Bayerische Annalen, Beilage zu No. 137, S. 9, § 3. — Ebenso warnt schon eine Verordnung des Kaisers Sigismund von 1489 (a. a. O. S. 5) die Richter vor

(das »kuntschaft nemen«) bereits als etwas Anerkanntes voraussetzt und sich darauf beschränkt, Vorschriften über die Erhebung der Zeugenaussagen zu geben.

Als Grundlagen des Offizialverfahrens erscheinen in der Tiroliensis nur »pöse anzaigen oder ynnzicht« (Wt. § 11, We. S. 190 Abs. 1). Liegen solche gegen eine Person vor, so darf sie der Richter verfolgen und verhaften lassen, unmittelbar oder durch Requisition; dem entsprechend sind alle Gerichte, die keinen Blutbann besitzen, verpflichtet, Beschuldigte oder Verdächtige unverzüglich mit allen »anzaigungen« an das competente Malefizgericht abzuliefern (Wt. § 62, We. S. 196 Abs. 4). Gleichzeitig mit der Verhaftung erwächst aber dem Richter die Pflicht, die meisten vom Rathe der Stadt oder von den Geschworenen des Gerichts vorzufordern, ihnen »lauter« anzuzeigen, warum die Person angenommen worden sei »vnnd nachmals nach rat derselben, oder was das merer ist, mit der gefangen person, das sey mit frag oder in ander weg darauff zu handlen«. Um noch grössere Bürgschaften gegen die Willkür des Richters zu geben, wird ausdrücklich bemerkt, dass er allein Niemanden gichtigen noch fragen lassen dürfe (Wt. § 6, We. S. 189 Abs. 1).

Diese Bestimmung hat offenbar Aehnlichkeit mit dem Art. 10 der C. C. B., in dem von dem Annehmen der Uebelthäter geredet wird und nach dessen Vorschrift in allen Fällen, wo die That nicht offenbar ist und der Beschuldigte läugnet, »redliche anzaigung derselben verdachten missetathalben« vor den Richter des betreffenden Halsgerichts und vier Geschworne gebracht werden muss, bevor der Gefangene mit peinlicher Frage angegriffen werden kann; es ist dann die Aufgabe der Geschworenen, darüber zu erkennen, ob die vorhandenen Anzeigen zur Folter genugsam sind, was der Richter für sich allein, ohne ein solches Erkenntniss niemals annehmen darf. Allein an eine Herübernahme dieser Sätze aus der Tiroliensis ist desshalb nicht zu denken, weil wir ihnen auch im bamberger Rechte begegnen, freilich wird man sich hüten müssen, mit Zöpfl zu sagen, dass das Annehmen von Amtswegen, mit anderen Worten das inquisitorische Verfahren schon seit dem 14. Jahrhundert in Bamberg geltender Grundsatz gewesen, dies war nicht das Annehmen, sondern das Klagen von Amtswegen, ein Unterschied, den Zöpfl nicht zu kennen scheint, aber allerdings wird man mit diesem Schriftsteller darauf hinzuweisen haben, dass nach dem Bamber-

Zeugen, die ihre »Kuntschaft spalten« d. h. immer nur das einer Parthei Günstige aussagen, und empfiehlt, solche, wie es sich gebühre, zu strafen.

ger Stadtrechte [1]) der Schultheiss ohne den Rath der Bürger und Schöffen keinen Bürger verhaften, noch sonst eine Person torquiren lassen durfte.

Ist nun durch Stimmenmehrheit des Raths der Stadt oder der Geschwornen des Gerichts gegen Jemand die Folter erkannt worden, so soll der Richter nach der Tiroliensis (Wt. § 9, We. S. 189 Abs. 4) drei aus dem Rathe oder von den Geschwornen zu sich nehmen und den Angeklagten nur in ihrer und des Gerichtsschreibers Gegenwart fragen lassen. Die Radolphzeller H.-G.-O. verordnet hierzu drei Räthe und den Stadtkläger.

Was diese Anordnung mit den Art. 57 und 59 der C. C. B. gemein hat, stammt keinesfalls aus der Tiroliensis, nicht etwa desshalb, weil die C. C. B. bei der Folter die Gegenwart von zwei statt von drei Beisitzern verlangt, — die Zahl hätte wenig zu bedeuten — sondern weil auch hier das Bamberger Stadtrecht die erwähnte Regel der Tiroliensis anticipirt hat: der § 186 desselben befiehlt nämlich dem Schultheissen, zur Folter zwei aus dem Rathe der Stadt und zwei Schöffen beizuziehen.

Die ferneren Vorschriften der Tiroliensis über die Form des Folterverfahrens beziehen sich ausschliesslich auf die Behandlung des vom Torquirten abgelegten Geständnisses, der sogenannten Urgicht. Sie legen Zeugniss ab, nicht nur von einer anerkennenswerthen Sorgfalt und Umsicht, mit der die Verfasser der M.-O. dem Missbrauche der »Marter« entgegenzutreten versuchten, sondern sie verdienen auch das Lob der Originalität, welchem einzelne leicht erkennbare Anlehnungen an die italienische Doktrin keinen Eintrag zu thun vermögen.

Die Urgicht soll nach der Tiroliensis (Wt. § 7, We. S. 189 Abs. 2) von dem Gerichtsschreiber »lauter« aufgeschrieben, dann von dem Richter und seinen drei Beisitzern nochmals überlesen und endlich — das Wichtigste! — in ihrer Glaubwürdigkeit geprüft werden. Der Richter, dem allein diese Aufgabe zufällt, hat besonders darauf zu sehen, ob die gefolterte Person »aus vorcht marter oder veindtschafft« auf sich selbst oder Andere bekannt habe; erfindet sich dann, dass der Torquirte durch ein unwahres Geständniss sich selber oder Anderen Unrecht gethan, so hat der Richter dies vor den Rath oder die Geschwornen zu bringen und nach einem von ihnen mit Stimmenmehrheit gefassten Erkenntnisse weiter zu verfahren.

Eine solche Prüfung der Urgicht soll nach der Tiroliensis (Wt. § 8, We. S. 189 Abs. 3) nur in dem Fall unterbleiben dürfen, wenn die-

1) Zöpfl a. a. O. Urkundenbuch § 73 und 186.

selbe von einem an wahrer That betretenen Verbrecher herrührt und nicht Personen guten Rufs compromittirt[1].

So aufgefasst ergibt der § 8 der Tiroliensis zugleich die für uns werthvolle Thatsache, dass der handhafte Thäter, der läugnet, wie die C. C. B. Art. 23 sagt, »mit peinlicher ernstlicher frage zu bekentnus der warheit« gezwungen werden darf. Der Inhalt der §§ 7 u. 8 der Tiroliensis, dessen Wichtigkeit v. Wendt völlig entgangen zu sein scheint, verdient demnach unsere volle Beachtung, der § 7, weil er den Grundgedanken zu der von der C. C. B. Art. 60—67 zur Controle der Urgicht vorgeschriebenen Befragung und »Erkundung der bösen Umstände« enthält, der § 8, weil er wenigstens stillschweigend mit ihr (Art. 23) in dem Grundsatze übereinkommt, dass auch bei handhafter That gegen den läugnenden Verbrecher die Tortur zulässig sei.

Ein zwingender Grund, hier eine Bekanntschaft Schwarzenbergs mit der Tiroliensis anzunehmen, liegt indessen in keiner Weise vor, denn was die Bestimmung betrifft, dass das Geständniss des Gefolterten von dem Richter durch Einziehung zweckdienlicher Erkundigungen zu prüfen sei, so wird sich ihr Zusammengehen mit der C. C. B. ohne Schwierigkeit durch die Benutzung einer und derselben Quelle, der italienischen Jurisprudenz, erklären lassen. Wir behalten uns vor, weiter unten nachzuweisen, in welchem Maasse eine solche gerade an diesem Punkte wenigstens von Schwarzenbergs Seite stattfand, und wie wenig Wahrscheinlichkeit die Annahme, dass die Tiroliensis hier der C. C. B. vorgebaut, für sich beanspruchen darf.

Der § 8 der Tiroliensis aber verliert seine Bedeutung durch zwei Stellen in der Wormser Reformation und dem Klagspiegel, die zum Art. 23 der C. C. B. eine viel bestimmtere Beziehung zeigen als er. Zum Ueberfluss beweist eine der C. C. B. örtlich und zeitlich sehr nahe liegende Rechtsquelle, die im Jahre 1504 erlassene Ordnung des würzburger Bischofs Lorenz von Bibra (die Abschaffung des Besiebnens betreffend)[2], dass Schwarzenberg die Tiroliensis nicht brauchte, um genau

1) Dies und nichts Anderes ist der Inhalt des von Zöpfl S. 160, v. Wendt No. 139, S. 2035, V und vor allem von Hälschner S. 72 und Wahlberg S. 154 gänzlich missverstandenen § 8 (We. S. 189 Abs. 3). Derselbe beginnt mit »sovern aber«, bildet also einen Gegensatz zu dem § 7 (We. S. 189 Abs. 2); mit diesem in die richtige Verbindung gebracht ergibt er nur das im Text Gesagte.

2) Sie ist abgedruckt bei Rockinger, über fränkisch-wirtzburgische Zentbücher in den Sitzungsberichten der bayer. Akademie philos.-philol. u. hist. Cl. Bd. II. 1872. S. 186 u. 187. Es wäre nicht unmöglich, dass Schwarzenberg diese bis jetzt wenig beachtete würzburgische Ordnung gekannt hätte, wenigstens war er ganz kurz vor ihrer Erlassung im Dienste desselben Bischofs Lorenz von Bibra Amtmann in Zabelstein. S. Berger in der Oesterr. Revue. Jahrgang IV. 1866.

[library stamp]

dieselben Grundsätze, die sie vertritt, kennen zu lernen. Die zwei ersten Absätze der Ordnung lauten:

»Wann hinfuhro iemandt der an wahrer that begriffen vnd darumb zu peinlicher straff zu verhafft angenommen worden solche thate in vnd ausserhalb der marter vor dem richter vnd zwaien schöpffen bekhennet, solle dieselbig bekhendnus ordenlich vnd vleissig vffgeschrieben, vnd vff den derwegen angesetzten rechtstage gegen dem thättere vff solche beschehene bekhendtnis — vnangesehen ob er derselben nit gestehen sonder laugnen wolte — mit peinlichem vrthail vnd straffe nach gestalt einer ieden thatte oder verwirckung verfahren werden.

So aber iemandt nit an wahrer that ergriffen, sonder von wegen der vorstehnden glaubwirdigen antzaigungen vnd jndicien zu verhafft angenommen worden, der solle umb solche beschuldigte thate sambt den vmbstenden peinlich gefragt, vnd darauff an den enden vnd bey den personen da solche thate beschehen sein solle fleissige nachforschung furgewendt werden«.

Indessen mit der von dem Gerichtsschreiber »lauter« aufgeschriebenen, vom Richter und seinen drei Beisitzern durchgesehenen und endlich in ihrer Glaubwürdigkeit geprüften Urgicht begnügt sich die Tiroliensis noch nicht. Dieselbe muss vor der Urtheilsfällung noch allen Geschwornen oder Räthen vorgelesen werden, und erst, wenn jene drei Schöffen, die der Tortur beiwohnten, die vorgelesene Urgicht vor dem ganzen Gerichte mit der vom Inculpaten gemachten als übereinstimmend erklären, ist »desselben bekennen genug, vnnd vnnder den dreyen — fügt die Tiroliensis hinzu — soll alsdann des ersten ainer der vrtail angeforscht werden« (Wt. § 10, We. S. 190 Afg.). — v. Wendt legt auf diese Bestimmungen das allergrösste Gewicht. Man brauche, meint er, nur den Schluss des § 11 der Tiroliensis mit dem Art. 107 der C. C. B. zusammenzuhalten, um jeden Zweifel darüber zu verlieren,

Heft 11. S. 35. Wenn nun auch eine derartige Annahme des genügenden Fundamentes entbehrt, so bleibt das kurze Gesetz des Bischofs Lorenz immerhin sehr bedeutsam. Es beweist, dass man in Würzburg die handhafte That in ihren processualen Wirkungen ebenso auffasste wie in Bamberg, dass hier wie dort genugsame Indizien nie zur Verurtheilung, sondern immer erst zur Folter führten. Wenn wir endlich hinzufügen, dass das Privilegium Maximilians I. von 1504 (bei Schneidt, Thesaurus juris franc. I. S. 491—496 in der Note), auf Grund dessen Bischof Lorenz seine Ordnung erliess, dem letzteren gestattet, »auf eines jeden Ubelthäters verwürkung, so die offenbar, oder durch ihm selbst bekennt, oder aber durch den beschädigten Theil zu Recht genugsam beweisen wird, wie sich nach des Heiligen Reichs Rechten gebührt« zu urtheilen und zu richten, so haben wir die Gewissheit, dass im Bisthum Würzburg schon 4 Jahre vor der C. C. B. diejenigen Sätze anerkannt und geübt waren, die den Kern des Beweissystems der letzteren bilden.

dass die erstere von dem Verfasser der Bamberger H.-G.-O. benutzt worden sei. Der § 11 der Tiroliensis lasse die drei Beisitzer, deren eidliche Bestätigung bezüglich der Urgicht zur Verurtheilung des Beklagten hinreiche, ausdrücklich als Urtheiler fungiren. Hätte die C. C. B., sagt v. Wendt, diesen Satz einfach weggelassen, so läge darin nichts Auffallendes; dieselbe verfüge aber das gerade Gegentheil, nämlich, dass keiner der zwei Schöffen, die das von dem Gefolterten abgelegte Bekenntniss eidlich bekräftigten, um das Urtheil gefragt werden solle (Art. 107 »aber fürter«). Der Grund dieser Modification sei in den Worten »so also gezeugknuss geben« klar angedeutet, von den Verfassern der C. C. C. aber durch die Wiederherstellung der in der Tiroliensis befindlichen Disposition missbilligt worden.

Gegen v. Wendts Deduktion muss zuerst geltend gemacht werden, dass der Gebrauch, die Urgicht des Verbrechers vor Fällung des Urtheils noch durch die bei der Tortur und Ablegung des Geständnisses gegenwärtigen Schöffen erzeugen zu lassen, ein ganz regelmässiges Stück des Verfahrens am endlichen Rechtstage bildete, das, wie aus der C. C. B. hervorgeht, den Zweck hatte, einen Läugnungsversuch von Seiten des bereits überführten Thäters niederzuschlagen.

Dieser Gebrauch ist dem bamberger Rechte [1]) wohl bekannt, die Nürnberger H.-G.-O.[2]) hebt ihn ausdrücklich hervor, und Tenngler widmet ihm im dritten Theile seines Layenspiegels [3]) eine längere Besprechung.

Derselbe Gebrauch musste, als das Beweismittel der Zeugenaussage in Deutschland Aufnahme fand, von selbst zu der Frage führen, wie man die Schöffen, welche die Urgicht am endlichen Rechtstage erzeugten, anzusehen habe und ob man ihnen nicht die Fähigkeit mitzurichten ganz entziehen müsse. Die Frage blieb offenbar bis zum Jahre 1532, wo sie durch die C. C. C. reichsgesetzlich entschieden wurde, controvers. In manchen Statuten, wie in der Nürnberger H.-G.-O. von 1481 und in der Tiroliensis, wurde die Frage abgelehnt: es sollten jene Schöffen nach wie vor zuerst um ihr Urtheil »angeforscht« werden. Wenn nun die C. C. B. dieselbe bejahte, so lässt dies mit Sicherheit nur auf die entgegengesetzte Meinung ihres Verfassers, nicht aber darauf schliessen, dass er in dieser Sache anders dachte, als gerade die Redaktoren der Tiroliensis.

Dass übrigens Schwarzenberg mit seiner Ansicht keineswegs allein

1) Vergl. Zöpfl, Bamberger Recht, Urkundenbuch. Anhang II. C. § 26.
2) Bei Siebenkees, Materialien. II. S. 513.
3) Ausgabe von 1511. Bl. 212 b.

stand, beweist die von seinem berühmten Zeitgenossen Lorenz Fries herrührende Beschreibung des würzburgischen Zentgerichts Aub[1], deren zweitletzter Absatz so lautet:

»Wan der arme die clage wider jne gethan vernainen vnd der ancläger sich vff sein vrgicht, auch diejhenigen so mit bey gewest vnd gehört haben dasz er dieselben bekhent hat zu khundtschaft ziehen wurdt, sollen dieselbigen gehört werden, aber sie fürther zu machung vnd beschliessung der vrtheil nit reden rathen noch helfen«.

Ein sprechenderer Beweis dafür, wie viel auf die Gleichheit einzelner Rechtsbestimmungen zur Ermittelung der Genealogie deutscher Statute gegeben werden darf, lässt sich wohl kaum finden!

Die Urtheilsfällung, die durch Stimmenmehrheit geschieht, ist in der Tiroliensis einzig Sache der Schöffen, nur bei gleich getheilten Stimmen gibt der Richter durch seinen Beitritt den Ausschlag (Wt. § 60, We. S. 196 Abs. 3).

Kommt den Räthen oder den Geschwornen ein Gerichtshandel vor, für den sie einen geeigneten Spruch nicht finden können, der ihnen nach den Worten der M.-O. »in seiner erkantnus beswärung pringen möcht«, so wird ihnen befohlen, sich an einen Schöffenstuhl um Rechtsbelehrung zu wenden und dessen Weisthum dem zu schöpfenden Urtheil zu Grunde zu legen (Wt. § 58, We. S. 196 Abs. 3). Dies ist die Bestimmung der Tiroliensis, die v. Wendt hätte anziehen müssen, um die Behauptung glaubhaft zu machen, dass das Rathsuchen bei den bischöflichen Räthen, wie es die C. C. B. ihren Schöffen zur Pflicht macht, seinen Vorgang in der Tiroliensis habe[2]. Es enthält dieselbe allerdings die Grundidee, welche Schwarzenberg später in so umfassendem Maasse verwerthet, und die C. C. C. in einer Weise verarbeitet hat, die den Juristenfacultäten und den mit gelehrten Räthen besetzten fürstlichen Collegien eine Handhabe bot, sich der criminalrechtlichen Praxis zu bemächtigen[3]. Sie ist aber, wie Jedermann weiss, nichts Anderes

1) Abgedruckt bei Rockinger, über fränk.-wirtzburg. Zentbücher in den Sitzungsberichten der bayer. Akademie philos.-philol. u. hist. Cl. II. 1872. S. 149.

2) v. Wendt (a. a. O. No. 139, IV, vergl auch II.) bezog sich hiezu auf Tiroliensis § 7 Wt. (We. S. 189, Abs. 2), verwechselte also das Rathsuchen des Richters bei den Schöffen, wozu er nach allen Rechtsquellen, welche die Schöffenverfassung kennen, verpflichtet ist, da sich dies als der ordentliche Weg der Urtheilsfindung herausstellt, mit dem Rathsuchen bei den fürstlichen Räthen, auf das die C. C. B. ihre Schöffen verweist. Vergl. Zöpfl, Bamberger Recht. S. 101, Note 4.

3) Die C. C. C. hat den deutschen Gebrauch mit der sog. requisitio consilii (d. h. mit der in Italien herrschenden Gewohnheit, in schwierigen Fällen gelehrte Juristen um Gutachten anzugehen, verschmolzen.

als eine Sanktionirung des altverjährten Gebrauchs der Schöffengerichte, in Fällen der Meinungsverschiedenheit und über Fragen, denen sie sich nicht gewachsen fühlten, sich von einem anderen Gerichte, regelmässig einem und demselben als dem Oberhofe, das Recht weisen zu lassen, ein Gebrauch, der durch ganz Deutschland bestand [1]) und den Schwarzenberg nicht erst aus der Tiroliensis zu lernen brauchte.

Den wahren Anfang zu dem von der C. C. B. in so ausgedehnter Weise anbefohlenen Rathsuchen bei den bischöflichen Räthen und bei den Rechtsverständigen hat nach dem Vorgange mehrerer deutscher Gerichtsordnungen, so der hessischen von 1455 [2]), ein bamberger Gesetz gemacht, die von uns bereits besprochene Landgerichtsordnung von 1503. Es ist zwar unrichtig, wenn Zöpfl [3]) von ihr sagt, sie überweise alle Processe, bei denen es auf die Beurtheilung von Entschuldigungsgründen ankomme, ausschliesslich der Competenz des reformirten Landgerichts, wohl aber sahen wir sie im Tit. 18 den Urtheilern aufgeben, in allen Sachen, in denen sie Zweifel hegten, auf der Parthei Kosten bei den Gelehrten Rath zu suchen.

Den Schlussakt des peinlichen Verfahrens bezeichnet die Tiroliensis (Wt. § 61, We. S. 196 Abs. 3) mit den Worten:

»Vnd was also durch das merer erkannt würde, soll ain yeder richter nach verlesung der vrgicht vnd vrtail den Gerichtsstab prechen, den übeltäter dem nachrichter überantworten, den füern lassen auff die gewondlichen gerichtstat, vnd der geuallen vrtayl verschaffen voltziehung zuthun«.

Bis jetzt haben wir nur von den processualen Vorschriften der Tiroliensis gesprochen. — Wir sahen zwischen ihnen und manchen Dispositionen der C. C. B. eine grosse Aehnlichkeit bestehen, haben aber die Ueberzeugung gewonnen, dass nirgends ein zwingender Grund vorliegt, eine Bekanntschaft Schwarzenbergs mit dem tiroler Strafgesetze anzunehmen, einmal weil die in Frage kommenden Bestimmungen desselben zum grössten Theil auch in den bamberger Gerichten gehandhabt wurden und bereits früher in dem Bamberger Stadtrechte eine genügende Normirung gefunden hatten, sodann weil manche von ihnen

1) Vergl. Thomas, Der Oberhof von Frankfurt. S. VII—XVI; Michelsen, Der ehemalige Oberhof in Lübeck. S. 1—20, 29—35; Walther, Rechtsgeschichte. Bd. I. § 240 Ende, Bd. II. § 635, 693. Vergl. auch die citirte Zentgerichtsordnung v. Aub bei Rockinger a. a. O. S. 146.

2) Senkenberg's Corpus jur. Germ. publ. ac privati ed. König v. Königsthal. Pars II. 1760. p. 142.

3) Zöpfl S. 163. Nur die Inzichtssachen gehören in die ausschliessliche Competenz des Landgerichts.

ihre Bedeutung durch näherstehende Quellen einbüssen. Durften wir die Tiroliensis und Radolphzeller H.-G.-O. nach ihrem processualen Inhalte bereits als die Vorboten einer neuen Aera des deutschen Strafverfahrens bezeichnen, so möchten wir dasselbe nicht auch von dem in ihnen enthaltenen strafrechtlichen Stoffe behaupten. Es ist wahr, sie stehen nicht mehr auf dem strafrechtlichen Standpunkte der mittelalterlichen Rechtsbücher, sie beginnen bereits die Strafe nach den verschiedenen Graden der durch gerichtliche Thätigkeit festgestellten Schuld abzustufen und einzelne Schuldformen auszuzeichnen, — die beiden Malefizordnungen folgen damit einer Richtung des Strafrechts, die wir im südlichen Deutschland schon frühe antreffen — bleiben aber weit entfernt davon, dieselbe in so vollendeter Weise auszugestalten, wie dies wenige Jahre nachher in der C. C. B. geschah.

Die Tiroliensis besitzt eine reiche, wenn auch keineswegs feste Terminologie zur Bezeichnung der einzelnen Richtungen des verbrecherischen Willens. Der die Handlung begleitende Dolus wird ausgedrückt durch die Worte »geverlich«, »wissenlich«, ein höherer Grad desselben durch »mutwillig«, »vermessenlich«. Die Bezeichnung für eine culpose Handlung ist »ungeverlich«, »leichtvertig«, die für den casus »vnfall« [1].

Sie macht ferner einige schwache Ansätze zu einer schärferen Formulirung des Versuchsbegriffs (Wt. § 49, We. S. 193 Abs. 2), ohne dass die geringere Bestrafung der Versuchshandlungen selbst irgendwo angedeutet wäre.

Die Nothwehr steht mit der culposen Tödtung auf gleicher Höhe und berechtigt den Richter, wie das auch im Bamberger Stadtrechte [2] geschieht, die Strafe zu mildern oder ganz auszuschliessen (Wt. § 38, We. S. 192 Afg.).

Endlich zeigen einzelne Andeutungen, dass der Tiroliensis die Unterscheidung zwischen Thäterschaft und Theilnahme nicht unbekannt ist: sie stellt denjenigen, der einen Absager haust oder ihm Vorschub leistet, diesem selbst in der Strafe gleich. (Wt. § 53, We. S. 195 Abs. 1).

Von den Aufhebungsgründen der Zurechnungsfähigkeit spricht weder die Tiroliensis noch die Radolphzeller H.-G.-O.; dass z. B. Kindheit oder ein bestimmtes Lebensalter die Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit ausschliesse, wird nicht erwähnt, sondern als etwas im Rechtsbewusstsein der Urtheiler Feststehendes vorausgesetzt [3]. Dagegen

1) Vergl. Wahlberg a. a. O. S. 138.
2) Vergl. Zöpfl, Bamberger Recht, Urkundenbuch. § 158 ff.
3) Vergl. Wahlberg a. a. O. S. 139.

erwähnt die Tiroliensis (die Radolphzeller H.-G.-O. übergeht diesen Punkt) die Jugend als einen Strafmilderungsgrund und zwar ähnlich wie die C. C. B. Art. 190 gerade bei dem Verbrechen des Diebstahls (Wt. § 32, We. S. 191 Abs. 6). Die Altersgrenze bildet das 18. Jahr. Indessen muss die Annahme, dass Schwarzenberg bei Abfassung des Art. 190 die betreffende Stelle der Tiroliensis vor Augen gehabt habe, als unwahrscheinlich zurückgewiesen werden, nicht etwa desshalb, weil die Altersgrenze in der C. C. B. eine andere ist als in der Tiroliensis, denn auch die Henneberger Landesordnung, eine Copie der Tiroler L.-O. von 1532 und dadurch mittelbar der Tiroler M.-O., hat dieselbe vom 18. auf das 15. Jahr verrückt, sondern weil wir in der Gerichtspraxis des nahen Nürnberg die Jugend bei Ausmessung der Diebstahlsstrafe durchgängig als Strafmilderungsgrund berücksichtigt sahen [1]), sodann weil der Satz des Art. 190 »wo aber der dieb nahent bey vierzehen jaren were«, doch offenbar eine Wiedergabe des römischen »pubertati proximus«, ganz deutlich auf das römische Recht als Quelle, vielleicht speciell auf die von den italienischen Juristen häufig angezogene l. impubes ff. de furtis (= l. 34 D. de furtis 47, 2) hinweist. Dass hier römisches Recht zu Grunde liege, gibt auch Zöpfl zu, freilich nicht ohne dadurch mit früher gethanen Aeusserungen in Widerspruch zu gerathen [2]).

Die öffentliche Rechtsnatur der Strafe hat die Tiroliensis schon mit grosser Entschiedenheit erfasst. Sie bezeichnet das Richten über das »plut vnd schedlich sachen« als eine landesherrliche Pflicht, deren Ausübung durch ein gütliches Abkommen des Beschädigers mit dem Verletzten keineswegs hintertrieben werden dürfe; sie sucht desshalb die an den Gerichten bestehende üble Gewohnheit der Ledigung der Strafen durch Geldbussen einzuschränken und das Recht nach Gnade zu richten in die Hand des Landesherrn zu legen (Wt. § 35 u. 40, We. S. 191 letzt. Abs. u. S. 192 Abs. 1). In so radicaler Weise wie die C. C. B. Art. 272 vermochte sie indessen mit jenem Missbrauche [3]) noch nicht aufzuräumen. Das Strafensystem der Tiroliensis und der Radolphzeller H.-G.-O. schliesst sich, was Härte und Grausamkeit anbetrifft, ganz an das der mittelalterlichen Quellen an. Von ihren einzelnen Strafsatzungen

1) Vergl. auch den Schwabenspiegel § 177 u. 232 L. und Osenbrüggen, Alaman. St.-R. § 58.

2) Zöpfl, Bamberger Recht. S. 177 oben, vergl. S. 165. Vergl. noch Heffter, Lehrbuch des St.-R. 5. Aufl. § 50.

3) Man vergl. über ihn die Reime und Illustrationen zu Art. 272 der C. C. B., sowie Zasius, Opera T. I. Francof. 1580. Tit. de jurisdict. p. 178 und die bei Stintzing, Geschichte der populären Literatur. S. 393, Abs. 3 abgedruckte Stelle des Klagspiegels.

fällt nur die des § 55 Wt. (We. S. 191 Abs. 8)[1]) auf, wo den Frauen wie im Art. 185 der C. C. B. die Strafe des Ertränkens gedroht wird, während für die Männer der Strang festgesetzt ist. Sie überrascht uns desshalb, weil nach allen süddeutschen Rechten die dem Erhängen entsprechende Strafe der Weiber das Lebendigbegraben ist[2]). Hier an einen Einfluss der Tiroliensis auf die C. C. B. zu denken, ist man aber in keiner Weise genöthigt. Der Grund der Uebereinstimmung scheint mir lediglich darin zu liegen, dass man am Anfang des 16. Jahrhunderts die Strafe des Lebendigbegrabens, besonders beim Diebstahl zu perhorresciren anfing und nicht anstand, dieselbe da, wo sich die Bequemlichkeit des Wassers darbot, mit dem übrigens gleichartigen Ertränken, wo dies nicht der Fall war, mit dem Verbrennen zu vertauschen. Einen sprechenden Beleg hiefür bildet das nach Müllners Annalen[3]) im Jahr 1515 erlassene nürnbergische Rathsdecret. Es lautet dahin, dass »aus guten Ursachen und in Ansehung was grausamlichen Todes das Lebendigvergraben der Weibspersonen sei, und sonderlich, dass solche Strafe an wenig Orten im Reich mit den Weibern fürgenommen werde, die Weibspersonen hinfüro um Dieberey und dergleichen Verhandlung nicht mehr lebendig vergraben, sondern verbrennt werden sollen«[4]).

Das Lebendigbegraben ist in der Tiroliensis nicht allein als Diebstahlsstrafe der Frauen mit dem milderen Ertränken vertauscht worden, sondern augenscheinlich auch als Strafe der Nothzucht (Wt. § 21, We. S. 190 Abs. 8), auf welche die süddeutschen Stadtrechte und Rechtsbücher regelmässig das Lebendigbegraben (mit Pfählen) setzen[5]). Es ist dasselbe von der Tiroliensis bloss beim Kindsmorde beibehalten worden, ein klarer Beweis, wie weit sie davon entfernt war, diese Tödtung zu privilegiren, was nach der gewöhnlichen Meinung die C. C. B. gethan haben soll.

Verhältnissmässig sehr ausführlich sind die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen in der Aufzählung der Verbrechen, aber lediglich in der Aufzählung derselben, denn von einer auch nur oberflächlichen Zeichnung des Thatbestandes ist bei weitaus den meisten Verbrechen keine Rede. Gewöhnlich beschränken sie sich darauf, in ganz lakonischer Kürze den Namen des Verbrechens sowie die daraufgesetzte

1) Vergl. Radolphzeller H.-G.-O. § XX.

2) Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht. § 42. S. 91.

3) Vergl. Malblank S. 34.

4) Vergl. mit diesem Decret auch C. C. B. Art. 156.

5) Vergl. Hälschner, System. Bd. II. S. 299 und Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht § 121.

Strafe anzugeben. In dieser Beziehung sind die Tiroliensis und die Radolphzeller H.-G.-O., so manche anerkennenswerthe Neuerung sie sonst enthalten mögen, noch nicht über den Standpunkt der mittelalterlichen Rechtsbücher hinausgekommen.

An der Spitze der Malefizhändel oder Missethaten d. h. der Verbrechen, die im Gegensatz zu den »Freveln« an Leib und Leben bestraft werden, steht der Mord. Es ist dies auffallend desshalb, weil die meisten gleichzeitigen Strafgesetze, so auch die C. C. B. und C. C. C., durch die Rücksicht auf die kirchlichen Rechtsquellen geleitet sich der Ordnung des Dekalogs anschliessen und folglich die Religionsdelikte die Reihe der Verbrechen eröffnen lassen. Wenn es dagegen Wahlberg [1]) als nicht minder auffallend bezeichnet, dass die Tiroliensis die Gotteslästerung, genauer das gotteslästerliche Fluchen und Schwören nur alternativ an Leib und Gut bestrafe, so ist dies desshalb unbegreiflich, weil sie ja damit genau dem damaligen Reichsrechte folgt und sich demselben auch insofern anschliesst, als sie [2]) bei der Strafausmessung die Berücksichtigung ähnlicher Strafmomente ermöglicht, wie sie die königliche Satzung von den Göttelästerern [3]) unmittelbar vorher (1495) aufgestellt hatte.

Die Ketzerei, die in der Tiroliensis mit dem Feuertode bedroht wird, ist in der Radolphzeller H.-G.-O. sehr bezeichnend mit Stillschweigen übergangen. Der Abfall vom christlichen Glauben wird in beiden Malefizordnungen ausser der Todesstrafe mit Confiscation des Vermögens bestraft. Einen religiösen Einfluss beweist ferner die Ausscheidung des Kirchenraubes aus dem Gattungsverbrechen des Diebstahls. Derselbe ist in der Tiroliensis und Radolphzeller H.-G.-O. mit dem Feuer bestraft, einer Strafe, der wir auch in der Praxis der bamberger Gerichte begegnen [4]).

Der Meineid wird mit dem Abschneiden der zwei Schwurfinger und der Zunge geahndet, während nach Schwarzenbergs eigenen Worten Art. 128 »im heyligen Reych« nur das Erstere »gemeyner geprauch« war. Auf dem Bruche der Urfehde steht (wie auf dem Bruche des gelobten Friedens) das Schwert; die C. C. B. Art. 129 sieht in demselben viel richtiger einen Meineid und spricht desshalb lediglich die Strafe des letzteren aus, wenn nicht eine Concurrenz mit einem an sich schon todeswürdigen Verbrechen vorliegt.

1) a. a. O. S. 146.
2) Mit Worten »die nach gelegenhait der that vnnd lestrung zustraffen«.
3) Neue Sammlung der R.-A. Th. II. S. 28.
4) S. Zöpfl a. a. O. S. 118.

Aus dem Gattungsverbrechen der Verrätherei wird der Verrath des »herren« hervorgehoben und auf ihn die Todesstrafe in Verbindung mit Confiscation des Vermögens gesetzt. Die Art der Todesstrafe ist mit Rücksicht auf Tiroliensis § 13 Wt. (We. S. 190 Abs. 3.) das Viertheilen mit vorgängiger Schleifung. Sie ist nach Schwarzenbergs eigenen Worten Art. 149 beim Verrathe die altherkömmliche [1].

Grosses Gewicht legen v. Wendt und Zöpfl auf die der Tiroliensis und Radolphzeller H.-G.-O. geläufige Unterscheidung von Mord und Todtschlag und die entsprechende Bestimmung des Rades für den ersteren, des Schwertes für den zweiten.

Es müsste diese Disposition allerdings als sehr wichtig bezeichnet werden, wenn man nachweisen könnte, worin die beiden Malefizordnungen das unterscheidende Merkmal zwischen Mord und Todtschlag erblicken; darüber aber gibt meines Wissens keine einen bestimmten Aufschluss. Nach Zöpfl wäre jenes Merkmal des Vorhandensein beziehungsweise Fehlen des Vorbedachts. Es geht dies für ihn aus den Worten hervor: »Der todschleger halben, nachdem der vil, vnd zuzeiten vmb liederlich sachen, auch mortlichem beschehen« (Wt. § 35, We. S. 191 letzt. Abs.), wobei er »mortlichen« mit »leichtsinnig, so dass der Leichtsinn an Vorbedacht grenzt«, wiedergibt. Allein diese Auslegung ist sicherlich unrichtig. Jene Worte wollen weiter Nichts besagen, als dass viele Todtschläge aus geringfügigen Ursachen, ja auch in einer dem Morde ähnlichen Weise geschähen [2], vermögen uns desshalb über das Wesen von Mord und Todtschlag in keiner Weise aufzuklären. Während das Bamberger Stadtrecht von qualificirten Tödtungen schweigt, hebt die Tiroliensis (Wt. § 29, We. S. 191 Abs. 4) die Tödtung von Ascendenten (Vater und Mutter) hervor, welche die Todesstrafe mit Confiscation des Vermögens nach sich zieht. Endlich kennen die beiden Maximilianischen Halsgerichtsordnungen eine Bestrafung des Selbstmords. Wer sich

1) Sie wurde bekanntlich unmittelbar vor dem Erscheinen der C. C. B. an den Rädelsführern des Bundschuh vollzogen. Enthauptung und nachfolgende Viertheilung, wie sie die C. C. B. für die Verrätherei mit wenig bösen Umständen bestimmt, bloss Enthauptung, auch das Rad waren als Strafen für Stadt- und Landesverrath ebenfalls nicht selten; s. oben § 8 das nürnberger Recht und vergl. Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht S. 396.

2) mortlichen ist Adverb und heisst mit »Mord, auf eine dem Mord ähnliche Weise«. Vergl. Lexer, Mittelhd. Handwörterbuch. Bd. I. 1872. S. 2207. Vergl. auch Tengler's Layenspiegel. 1511. Bl. 186 (von todschlägen vnd andern entleibungen), wo Mord und mortlicher Todtschlag synonym gebraucht werden. Ganz unrichtig Birnbaum im Archiv des C.-R. 1833. S. 437 Anm. 127.

selbst den Tod gibt, ist mit seinem Leib[1]) und seinem Vermögen der Obrigkeit verfallen; auf die der Selbstentleibung vorausgehenden treibenden Ursachen, denen die C. C. B. nach dem Vorbilde des römischen Rechts genaue Rechnung trägt, scheint dabei in keiner Weise Rücksicht genommen zu werden[2]).

Von den Verbrechen gegen die Sittlichkeit nennen die Tiroliensis und die Radolphzeller H.-G.-O. auffallender Weise nur die Bigamie, Nothzucht und Entführung, während von Ehebruch, Incest u. s. w. kein Wort gesprochen wird. Beide Malefizordnungen erheben eben, wie sie selbst bezeugen (Wt. §57, We. S. 196 Abs. 2), keinen Anspruch darauf, vollständige Strafgesetze zu sein; wohlwissend, dass in ihnen »nicht all übeltaten so beschehen möchten beschriben vnnd aussgedruckt» sind, machen sie es den Richtern bei ihren Eiden zur Pflicht, auch über die nicht angeführten Verbrechen zu urtheilen und sie zu strafen »nach jrem pesten versteen vnd gestalt ainer yeden übeltat«. Den Mann, der zwei Weiber nimmt, und umgekehrt das Weib, das mit zwei Männern die Ehe eingeht, unterwerfen sie, wie dies nach dem Ausdruck der C. C. B. Art. 146 selbst und nach mannigfaltigen Quellenzeugnissen[3]) damals »an vielen enden gewonheyt« war, der Strafe des Ertränkens. Schwarzenberg schliesst sich bei diesem Verbrechen, wenn auch mit Widerwillen an das kaiserliche Recht an, das nach einer damals verbreiteten, irrigen Ansicht die Todesstrafe nicht zuliess, und erlaubt die letztere nur unter ganz erschwerenden Umständen. Bedeutsam ist das, was die Tiroliensis (Wt. §21, We. S. 190 Abs. 8) über die Nothzucht sagt, weil hier bereits die Ansicht der C. C. B. und damit des gemeinen deutschen Strafrechts zum Durchbruch gelangt ist, eine Ansicht, die insofern als die veredelte bezeichnet werden muss, als sie in diesem Verbrechen nicht wie z. B. der Sachsenspiegel einen durch rohe Gewalt an der schwächern Frau begangenen Friedbruch sieht, sondern in ihm den Raub der weiblichen Ehre als eines nie wieder zu gewinnenden Gutes betont und desshalb auch das Hauptgewicht auf das Unverleumdetsein der Bewältigten legt.

Trotzdem dürfen wir auf die betreffende Bestimmung der Tiroliensis nicht allzu grosses Gewicht legen, da diese edlere Auffassung nicht

1) Aus der Tiroler L.-O. von 1526. B. 2. Th. 1. R. 32 ergibt sich, dass die Leichen der Selbstmörder ins Wasser geworfen oder verbrannt wurden. Vergl. Oberweis a. a. O. Bd. XVIII. S. 177.

2) Anders die n.-österr. L.-G.-O. Vergl. Wahlberg a. a. O. S. 152.

3) Vergl. oben § 8 die nürnberger Chroniken u. Polizeiordnungen und Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht § 120.

erst durch sie ausgesprochen wurde, — sie fehlte überhaupt dem Mittelalter nie ganz — sondern unzweifelhaft schon vorher in Süddeutschland verbreitet war; wenigstens ist sie in dem Schwabenspiegel (Art. 256 W., 311 L.) schon halb und halb zur Geltung gekommen und die schweizerischen Hochgerichtsformeln sprechen nur vom »Notzwang einer unverleumdeten Magd«[1]).

Die Entführung wird in beiden Malefizordnungen als eine Verletzung der Rechte des Vaters oder Gerhaben, mit einem Worte als ein Eingriff in die Mundschaft betrachtet und kann desshalb nur an familienabhängigen oder unter Vormundschaft stehenden Personen (»Tochter Schwester, Muemen oder Fründ«) begangen werden; dass diese unverleumdet oder ehrbaren Standes seien, wird nicht erfordert. Die Absicht des Thäters geht nach beiden Gesetzen dahin, die Entführte zu »verhayraten, oder in ander weg vnerlichs zuhandlen, mit verkupeln oder sunst«. Als Subjekt des Verbrechens werden daher auch sowohl Mann als Frau genannt (Wt. § 48, We. S. 193 Abs. 1).

So beachtenswerth diese Sätze vom dogmengeschichtlichen Standpunkte aus sein mögen, zum Art. 143 der C. C. B. haben sie sicherlich Nichts beigetragen!

Die Gruppe der Vermögensverbrechen bilden in der Tiroliensis die Unterschlagung, die Laicherei, das muthwillige Schuldenmachen und der Diebstahl. Die Unterschlagung, oder genauer ein singulärer Fall derselben, das Wegführen anvertrauten Gutes, wird von ihr, wie dies im deutschen Recht von jeher geschah, neben dem Diebstahl als ein eigenthümliches Delikt behandelt und im Gegensatz zu diesem mit dem Ertränken bestraft[2]). In der C. C. B. Art. 196 wird dasselbe Verbrechen, obgleich in seiner Stellung nicht minder selbstständig als in der Tiroliensis, dem Diebstahl in der Strafe gleichgestellt.

Die Laicherei[3]), ein Collektivverbrechen, unter das verschiedenartige Betrügereien, so Vermischung und Fälschung des Weines, falsches Spiel u. s. w., subsumirt wurden, ist mit einer Strafe an Leib oder Gut bedroht.

1) Vergl. Hälschner, System des preuss. Strafrechts. Bd. II. S. 299 u. 302 und Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht. § 121.

2) Dieselbe Strafe steht auf dem mehrmaligen Verkauf einer Sache und auf der betrügerischer Weise wiederholten Verpfändung (Wt. § 20, We. S. 190 Abs. 7).

3) laichen heisst hüpfen, springen, vorspiegeln, durch Betrug abgewinnen. Vergl. Lexer, Mittelhd. Handwörterbuch. Bd. I. S. 1863. Was man Alles unter »laicherey« verstand, zeigt ausführlicher die Tiroler Landesordnung von 1532, Buch VIII, Tit. XXX.

Dass die C. C. B. hier einen ganz andern Weg eingeschlagen hat, braucht nicht erst gesagt zu werden.

Dagegen weisen ihre Bestimmungen über den Diebstahl in zweifacher Hinsicht auf die Tiroler M.-O. zurück, einmal weil die letztere die Jugend als Milderungsgrund der im Ganzen harten Diebstahlsstrafe anerkennt, sodann weil sie bei der Strafausmessung zwischen einem grossen und kleinen Diebstahl unterscheidet und diesem Unterschiede einen Geldwerth zu Grunde legt, der mit dem von Schwarzenberg aufgestellten vollkommen übereinstimmt. Eine Umrechnung der 25 Pfund Perner der Tiroliensis ergiebt genau die 5 Gulden der C. C. B. [1]. Woher hat Schwarzenberg die für den grossen und kleinen Diebstahl kritische Summe von 5 Gulden genommen? Könnten wir es wahrscheinlich machen, dass er sie der Tiroliensis zu verdanken hat, so müsste ihr unter den Quellen der C. C. B. ein immerhin beachtenswerther Platz erhalten bleiben.

Da die Grundsätze des ältern deutschen Strafrechts nicht nur in Betreff der gesammten rechtlichen Auffassung und sittlichen Würdigung des Diebstahls, sondern auch in Betreff der Kriterien, nach denen die Arten desselben und das Maass ihrer Strafbarkeit unterschieden wurden, unmittelbar bis zum Erscheinen der C. C. B. die herrschenden geblieben und auch zum grossen Theil in sie übergegangen sind, so werden wir, um die Quelle der kritischen 5 Gulden zu finden, vor Allem das deutsche Recht ins Auge fassen müssen. Nach den Ausführungen R. Temmes [2] lässt sich die Unterscheidung des Diebstahls in einen grossen und kleinen bis in die Rechte der Angelsachsen, Burgunder und Sachsen zurückverfolgen. Schon bei diesen Stämmen sollte nicht jeder Diebstahl, sondern nur der von einem gewissen Werthe mit dem Tode bestraft werden, geringere Diebstähle waren mit einfachen Geldbussen belegt. Dieser Standpunkt ist das ganze Mittelalter hindurch beibehalten worden: in den Reichsgesetzen, Rechtsbüchern und Stadtrechten begründet die Unterscheidung eines grossen und kleinen Diebstahls bei weitem die wichtigste Eintheilung der Diebstähle, die

1) Perner oder Berner sind Veroneser Münzen und zwar
5 Pfund Perner = 60 Pfenning = 1 Gulden
25 ,, ,, = 5 Gulden.
Vergl. Schmeller, Bayerisches Wörterbuch. 2. Aufl. Bd. I. S. 279; den Sammler für Tirol I. S. 451 und Perneder, Institutiones. Aüszüg vnd Anzaigung etlicher geschriben Kayserlichen vnnd des heyligen Reichs rechte etc. 1550. fol. 113 D. S. auch v. Wendt a. a. O. No. 139, XVII.

2) Richard Temme, Ueber den Betrag des Diebstahls. Erlangen 1867. S. 26 ff., dazu Hälschner, System. II. S. 404.

so sehr in Fleisch und Blut übergeht, dass sie selbst in den Pönitentialbüchern Aufnahme findet. Die Summe aber, die den grossen vom kleinen Diebstahl trennt, ist äusserst verschieden bestimmt: Stammesverschiedenheit und Localgewohnheiten hatten hier einen zu grossen Spielraum.

Grundlegend waren in dieser Richtung zwei Reichsgesetze:

Die Curia Maguntina [1] a. 1103 (constitutio pacis generalis), sowie die bekannte constitutio Friderici I. de pace tenenda et ejus violatoribus [2] a. 1156.

Sie verlangen für den grossen Diebstahl 5 Schillinge, eine Summe, die wir später augenscheinlich im Zusammenhang mit diesen Reichsgesetzen im Schwabenspiegel (§ 174 L.) und unter dessen Einfluss in allen alamannischen Stadtrechten wieder finden, so jedoch, dass der genannte Werth herabgesetzt oder überhaupt nicht berücksichtigt wird, so oft der Diebstahl unter erschwerenden Umständen stattfindet. In den bayerischen Stadtrechten und Rechtsbüchern beläuft sich die kritische Summe zwar nicht auf 5, sondern auf 6 Schillinge [3], in dem Bamberger Stadrechte [4] abnormer Weise sogar bloss auf 13 Pfenninge, aber trotzdem wird man sagen dürfen, dass die in Süddeutschland dominirende Grenze des kleinen und grossen Diebstahls 5 Schillinge waren: hinzuzufügen ist, dass der letztere regelmässig mit dem Strange, bei Weibern mit dem Lebendigbegraben, später mit dem gleichartigen Ertränken, der erstere dagegen an Haut und Haar gestraft wurde.

Aber 5 Schillinge sind noch lange nicht 25 Pfund Perner oder 5 Gulden [5], und überdies bestraft Schwarzenberg den grossen Diebstahl nicht ohne weiteres mit dem Strange, sondern nur dann, wenn dazu gebrochen, gestiegen oder mit Waffen gestohlen wurde [6]. Immer vorausgesetzt also, dass ihm die 5 Schillinge des Schwabenspiegels oder der alamannischen Stadtrechte bekannt waren, ist es doch sehr unwahrscheinlich, dass er von denselben auf den so ungleich höheren Be-

1) Pertz, Monumenta Germ. Leg. II. p. 60.

2) Pertz, Monumenta Germ. Leg. II. p. 103: Si quis quinque solidos aut valens fuerit furatus, laqueo suspendatur; si minus, scopis forcipe excorietur et tondatur.

3) Temme a. a. O. S. 34 ff.

4) Zöpfl, Bamberger Recht, Urkundenbuch § 147. Diese Summe will sich den Gesetzen der Verbreitung so wenig fügen, dass sie ihren Grund nur in einer speziell localen Willkür oder in einem dringenden Bedürfnisse haben kann.

5) Dass Schillinge und Gulden promiscue gebraucht wurden, wird Boehmer, (Medit. ad C. C. C. Art. 175 § V) Niemand glauben.

6) Dieses spricht auch gegen die Tiroliensis, die den grossen Diebstahl schlechthin mit dem Strange, den kleinen mit dem Pranger, Aushauen und ewiger Landesverweisung bestraft.

trag von 5 Gulden sprang, um so mehr, als er dann erst recht keine Ursache hatte, den nicht qualificirten grossen Diebstahl mit der Todesstrafe zu verschonen. Diese Erwägungen machen es zum mindesten sehr fraglich, ob Schwarzenberg seine kritischen 5 Gulden dem süddeutschen Gewohnheitsrechte verdankt.

Meiner Ansicht nach ist die Grundlage dieses Werthes allerdings in der erwähnten constitutio Friderici I. de pace tenenda zu suchen, aber Schwarzenberg hat sie nicht durch das Medium des einheimischen, sondern des fremden Rechtes kennen gelernt. Wäre die genannte Constitutio von Friedrich I. auf Deutschland beschränkt geblieben, so möchte ich bezweifeln, ob sie im 15. Jahrhundert noch Jemand gekannt hätte; allein sie war nicht bloss für Deutschland, sondern auch für Italien gegeben.

Diesem Umstande hatte sie wohl ihre Aufnahme in die libri feudorum (II. F. 27) zu verdanken. Die Folge davon war, dass sie mit diesen nach Deutschland zurück wanderte und dort seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts als gemeines Recht angesehen wurde, das um so unbedenklicher, als bedeutende italienische Juristen, wie Albertus Gandinus[1], ihr volle Gültigkeit beilegten, wenn sie auch zugestehen mussten, dass der § 8 der Constitution durch die Statute der italienischen Städte verdrängt sei und in der Praxis nicht mehr beachtet werde.

Dass man in Deutschland die Constitutio Friderici I. für durchaus praktisches, weil gemeines Recht hielt, das beweisen die Ausführungen Perneders, der in seinen Institutiones[2] fol. 112 D sagt:

»So ist doch durch weilent Kaiser Friderichen den andern (!) löblichster gedechtnuss in gemainen Lehenrechten vnder anderm ain solche co̗nstitution auffgericht, so ainer fünf gulden wert oder mer stilt, daz derselb erhenkt, oder, so er weniger dann fünf gulden gestolen, mit ruten aussgehawen werden soll. Ita est textus ad literam in titulo de pace tenenda ejus uiolatoribus § si quis quinque solidos in usibus feudorum«.

Steht so fest, dass man weder in Italien noch in Deutschland an der Gültigkeit der Authentica Friderici zweifelte, so ist es mir höchst wahrscheinlich, dass Schwarzenberg die V solidi derselben als die passende und zugleich in dem kaiserlichen Rechte begründete Grenze

1) Libellus de maleficiis Rub. de furibus et latronibus n. 10.

2) Institutiones. Aüszüg vnd Anzaigung etlicher geschriben Kayserlichen vnnd des heyligen Reichs rechte. 1550. folio.

des grossen und kleinen Diebstahls in sein Gesetzbuch aufnahm, indem er wie bei weitem die meisten seiner Zeitgenossen den solidus der gemeinrechtlichen Quellen mit dem deutschen »Guldein« wiedergab. Dass es damals gang und gäbe war, den solidus des gemeinen Rechts und den Gulden zu identificiren, sehen wir z. B. aus der Uebersetzung der Institutionen von Justinus Gobler[1], der unter den 500 solidi, deren Schenkung nach Justinian gerichtliche Insinuation erfordert, 500 Gulden und zwar »goltgulden« versteht, dasselbe thut die noch ältere Institutionenübersetzung von Fuchsperger und der Klagspiegel. Freilich fehlte es auf der anderen Seite auch nicht an Schriftstellern, die den solidus mit dem deutschen Schilling wiedergaben. Man sieht deutlich, dass darüber kein Einverständniss herrschte, was man unter dem solidus des kaiserlichen Rechts zu denken habe. Ist dies richtig, so erklärt sich leicht, warum Tenngler in seinem Layenspiegel Bl. 187b sagt:

»Item es sein etlich diebhayten genannt heymlich. Als so der dieb nit betretten, berüfft, noch die gestoln hab bey ime begriffen, vnd ain wenige hab, dartzu er nit eingebrochen oder gestigen, vnd nit über fünf schilling, die nach etlicher auslegung[2] für guldin, solchs wirt« u. s. w.

Tenngler sieht in dem solidus den deutschen Schilling und sagt nun offenbar mit Rücksicht auf die C. C. B.: die quinque solidi, die ich mit fünf Schilling übersetze, legen andere als fünf Gulden aus.

Wenn Schwarzenberg die fünf Gulden als Grenze des grossen und kleinen Diebstahls wirklich dem Reichsgesetze Friedrichs I., aber durch das Medium des fremden Rechts entnommen hat, so erklärt sich auch sehr leicht, warum er den grossen Diebstahl nicht ohne weiteres wie jenes (laqueo suspendatur!) mit dem Tode geahndet wissen will. Schon Albertus Gandinus l. c. nennt diese Bestimmung der Authentica Friderici eine äusserst harte und Angelus Aretinus[3] glaubt, sie setze die Todesstrafe auf den Diebstahl von fünf solidi speciell propter fractionem pacis. Perneder[4] drückt dies so aus:

»doch wöllen etlich, das die gemelt Kayserlich satzung allein in den fällen, darinnen der diebstal mit dem fridbruch vermischt sey, stat hab«.

1) Ausgabe von 1532. fol. 45 A.

2) Tenngler sagt nicht, wie Boehmer, Meditat. ad C. C. C. Art. 157 § V angibt, die nach etlicher ausrechnung für guldin (scl. gelten).

3) Tractatus de maleficiis Gl. et vestem coelestem fod. n. 12.

4) a. a. O. fol. 112 D. Vergl. auch die unmittelbar folgende Bemerkung fol. 113 A.

Schwarzenberg konnte also, wie wir aus diesen Bemerkungen sehen, die Bestimmungen der Authentica Friderici (die fünf solidi und die darauf gesetzte Todesstrafe) nicht in sein Gesetzbuch herübernehmen, ohne sich mit den Autoritäten seiner Zeit in Widerspruch zu setzen, welche der Todesstrafe beim ersten, wenn auch grossen Diebstahl durchweg abhold waren. Er half sich aus dieser Schwierigkeit durch ein Compromiss, wie er oftmals gethan hat: er beschränkte die Todesstrafe beim grossen Diebstahl durch die vorgeschriebene Berücksichtigung weiterer erschwerender Momente.

Was wir durch vorstehende Ausführung wahrscheinlich gemacht zu haben glauben, ist die Thatsache, das Schwarzenberg die kritischen fünf Gulden in die C. C. B. aufgenommen hat, ohne das Geringste von den 25 Pfund Pernern der Tiroliensis zu wissen, und dass die Ansätze beider Gesetzgebungen auf das gemeine Recht als die gemeinsame Quelle zurückzuführen sind.

Noch durch eine andere Bestimmung über den Diebstahl soll die Tiroliensis nach v. Wendts[1]) Behauptung an die C. C. B. erinnern. Wie nämlich beim kleinen Diebstahl der C. C. B. Art. 183 der Bestohlene dem Gewedde des Richters vorgehe, falls der Dieb nur das Einfache aufzubringen vermöge, ebenso gebe die Tiroliensis (Wt. § 46, We. S. 192 Abs. 3) dem Bestohlenen mit seiner Entschädigungsforderung vor dem Richter den Vorzug; übrigens gehe aus demselben § 46, nach welchem von dem gestohlenen Gute gerichtet werden dürfe, hervor, dass auch in der Tiroliensis Geldstrafen für den kleinen Diebstahl anwendbar gewesen seien.

Diese Behauptung beruht auf einem unbegreiflichen Missverständnisse der betreffenden Stelle der Tiroliensis, deren Inhalt lediglich Folgendes besagt:

Wird gestohlenes Gut, dessen Werth zur Deckung der Gerichtskosten nicht hinreicht, bei einem Diebe oder an anderen Enden gefunden, so muss es dem Eigenthümer unverkürzt zurückgegeben werden und jene von der Obrigkeit allein getragen werden; übersteigt aber der Werth des gestohlenen Gutes den Betrag der Gerichtskosten, so darf es bis zum Betrag der letzteren in Beschlag genommen werden.

Dass hier von einer Aehnlichkeit mit dem Art. 183 der C. C. B. und insbesondere von einer Geldstrafe für den kleinen Diebstahl nicht die Rede sein kann, ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesagten.

Ebenso unhaltbar ist endlich, was v. Wendt[2]) über die Aehnlich-

1) a. a O. No. 139, XVII.
2) a. a. O. No. 151, XIX.

Staatl. Bibliothek Bamberg

keit der stofflichen Anordnung in der Tiroliensis einer- und in der C. C. B. andererseits bemerkt, vermöge deren er sich zur Vermuthung berechtigt glaubt, dass die Tiroliensis den Grundriss bilde, nach dessen Hauptzügen das ganze Gebäude der C. C. B. ausgeführt worden sei. — Es gehört wirklich ein seltsam voreingenommener Blick dazu, um aus dem Darstellungsgang der Tiroliensis die angebliche Skizze der C. C. B. herauszulesen. Wer die Tiroliensis mit unbefangenen Augen betrachtet, wird sie von dem Vorwurfe einer gewissen Regellosigkeit in der Anordnung kaum zu erretten vermögen und eine beachtenswerthe Uebereinstimmung zwischen ihr und der C. C. B. höchstens darin finden können, dass beide ihre strafrechtlichen Bestimmungen in die über den Process einordnen.

Nach dieser eingehenden Vergleichung der beiden Maximilianischen Halsgerichtsordnungen mit der C. C. B. scheint uns die Frage nach der Quelleneigenschaft der ersteren soweit spruchreif, dass ein Urtheil über dieselbe jedenfalls nicht mehr übereilt genannt werden darf.

Das Facit, das wir aus unserer Parallele ziehen, kann für die Tiroliensis beziehw. die Radolphzeller H.-G.-O. unmöglich günstig ausfallen.

Für den Process konnte Schwarzenberg, wie wir früher bemerkten, den beiden Malefizordnungen Nichts entnehmen, was er nicht schon in den Statuten der Stadt Bamberg und in deren Gerichtspraxis ebenso ausgebildet vorgefunden hätte.

Was das materielle Strafrecht betrifft, so vermissten wir in denselben wie in den mittelalterlichen Rechtsbüchern fast durchgehends eine Beschreibung der verbrecherischen Thatbestände; wo wir eine solche antrafen, war sie doch höchst rudimentärer Natur. Dagegen fanden wir in ihnen allerdings ein viel vollständigeres Verbrechenregister als z. B. im Bamberger Stadtrecht. Aber die einen der in der Tiroliensis aufgeführten Verbrechen, wie Bruch der Urfehde und Unterschlagung, sind in der C. C. B. mit so abweichenden Strafsatzungen versehen, dass Schwarzenberg aus derselben höchstens ihre Namen entnehmen konnte, die anderen, wie Verrath des Herrn, Meineid, Nothzucht, Kindsmord, Kirchenraub, in süddeutschen Rechtsquellen so häufig angeführt und nach Schwarzenbergs eigenen Andeutungen von diesen so übereinstimmend aufgefasst und bestraft, dass eine ähnliche Behandlung derselben in der bambergischen Praxis als wahrscheinlich vorausgesetzt werden durfte, jedenfalls aber die Herbeiziehung einer entfernten Quelle, wie der Tiroliensis oder der Radolphzeller H.-G.-O., vollkommen unnöthig erschien, bei dritten Verbrechen endlich, wie bei der Bigamie und beim

Selbstmorde, war der Einfluss des fremden Rechts ganz unverkennbar, ebenso bei der Berücksichtigung des jugendlichen Alters als Milderungsgrundes der Diebstahlsstrafe. In der Authentica Friderici I. erblickten wir die aller Wahrscheinlichkeit nach gemeinsame Quelle der als Grenze des grossen und kleinen Diebstahls angesetzten 5 Gulden beziehw. 25 Pfund Perner der C. C. B. beziehw. der Tiroliensis.

Aber selbst wenn die zuletzt aufgestellten Behauptungen grundlos wären und wir die Aehnlichkeit zwischen den betreffenden Stellen der Tiroliensis und C. C. B. auf keine Weise zu erklären wüssten, so wären sie, weil ganz alleinstehend, eben doch zu schwach, als dass wir durch sie die Annahme einer näheren Verbindung zwischen den genannten Gesetzen fest begründen könnten.

Welchen Täuschungen derjenige ausgesetzt ist, der bei der Ermittelung der Genealogie von Rechtsquellen auf die Uebereinstimmung vereinzelter Vorschriften ohne jede weitere Umschau Werth legt, das haben wir im Vorigen an mehreren Beispielen zeigen können[1]. Dieselben bewiesen recht deutlich, dass man bei einer Untersuchung über die Quellen der C. C. B. nie zu einem einigermaassen sicheren Resultate wird gelangen können, wenn 'man sich dabei auf die Vergleichung der in Frage stehenden Quelle mit jener beschränkt und nicht fortlaufend die anderen sicheren Qellen der Halsgerichtsordnung, sowie die des süddeutschen Strafrechts überhaupt berücksichtigt.

Zöpfl hat in dieser Beziehung ungleich mehr gethan als v. Wendt, der aus einer blossen Parallele zwischen der C. C. B. und der Tiroliensis auf die Verwandtschaft beider Gesetze schliessen zu dürfen glaubte, aber auch er betrachtet die Tiroliensis immer noch viel zu isolirt. Wäre seine Darstellung richtig, so müsste Schwarzenberg dem tiroler Gesetze Alles entnommen haben, was es dem Bamberger Stadtrechte gegenüber Neues enthielt. Waren denn Verbrechen, wie Ketzerei, Meineid, Kindesmord, Kirchenraub u. s. w., zur Zeit der Abfassung der C. C. B. in Bamberg gänzlich unbekannt? Musste Schwarzenberg, um sie so aufzufassen, wie es in der C. C. B. geschah, erst auf die Tiroliensis warten, weil das Bamberger Stadtrecht sie mit Stillschweigen übergangen hatte? Nach Zöpfls eigenen Ausführungen soll das letztere seine fertige Gestalt schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts erhalten haben; hätte von da ab die Fortbildung des Strafrechts in Bamberg geruht, selbst angenommen, dass das Stadtrecht für jene Zeit auf Vollständigkeit und Geschlossenheit Anspruch machen wollte? Das Re-

1) Zöpfl, Bamberger Recht S. 161 gibt noch ein weiteres.

sultat, das sich aus der Vergleichung der C. C. B. und der zwei Maximilianischen Halsgerichtsordnungen ergibt, ist also für beide, für die Radolphzeller H.-G.-O. in noch höherem Grade als für die Tiroliensis, ein negatives.

Ob Schwarzenberg die Tiroliensis in den Händen gehabt hat, wird sich mit absoluter Sicherheit kaum jemals beantworten lassen, so lange wird auch meine Entscheidung eine anfechtbare bleiben; aber wenn man sieht, dass es eines ebenso langen als dornenvollen Beweises[1]) bedurfte, um jene Thatsache überhaupt nur wahrscheinlich zu machen, so wird man doch, meine ich, ohne Anstand behaupten dürfen, Schwarzenberg habe weder die Tiroliensis noch die Radolphzeller H.-G.-O. benutzt. —

§ 10. 4) Die Wormser Reformation von 1498.

Literatur.

Mittermaier im N. Archiv des C.-R. Bd. IX. S. 57.
Rosshirt, Geschichte und System des Strafrechts. I. S. 222 ff., S. 242.
Zoepfl, Das alte Bamberger Recht. S. 175.
Herrmann, Johann von Schwarzenberg. S. 33.
Haelschner, Geschichte. S. 73 ff., S. 82 oben.
Stobbe, Rechtsquellen. I, 2. S. 331 ff.

Ausgabe.

Reformation der stat Wormbs Recht. gesetze. vnd statuta ussgangen in dem Jare nach Cristi vnsers lieben herrn gepurt Tusent vier hundert Nuntzig vnd Acht. nachmals zu trucken angebben vnd vollendet in dem Nun vnd nuntzigsten vff Montage nach dem Sontag Trinitatis.

Die Aufgaben, deren Lösung die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell in den Jahren 1499 und 1506 versucht hatten, nämlich die Herstellung einer von dem Zufall und der Willkür unabhängigen und ungehinderten Strafrechtspflege und die Beseitigung des mit der Folter getriebenen Missbrauchs durch Feststellung ihrer rechtlichen Voraussetzungen und Formen, waren bereits im Jahre 1498 gleichfalls von einem süddeutschen Gesetzbuche, aber in noch viel umfassenderer Weise in Angriff genommen worden: von der Wormser Reformation[2]).

Die Wormser Reformation bezeichnet bekanntlich einen vollständigen Bruch mit dem bisher meist in der Form von Gewohnheiten bestehenden Statutarrechte.

1) S. Herrmann, Joh. v. Schwarzenberg. S. 33 ff.
2) Hälschner a. a. O. S. 72.

»Es giebt keine Rechtsquelle des 15. oder 16. Jahrhunderts, — sagt Stobbe a. a. O. S. 334 — welche in gleicher Weise, wie die Wormser Reformation das einheimische, in praktischer Uebung stehende Recht ausser Achtung gelassen und im Wesentlichen nur das gemeine Recht, nicht sowohl aus den römischen Quellen selbst, als aus den Schriften der Juristen zur Darstellung gebracht hätte«.

Welche Leute es waren, unter deren Hand die fremden Rechte in dieser Codification einen so ungemessenen Einfluss gewannen, darüber kann man, abgesehen von dem romanisirenden Inhalte der Reformation, nicht zweifelhaft sein, wenn man die vielen Bestimmungen liest, die den Doktoren weitgehende Vorrechte, ja sogar eine den Rittern gleiche Stellung einräumen [1].

Gerade weil diese Doktoren in ihrer gewohnten Weise bei der Redaktion der Reformation das wenn auch nur als Gewohnheitsrecht bestehende deutsche Statutarrecht vollkommen unberücksichtigt liessen und an eine Verarbeitung des fremden Rechts, an eine Verschmelzung desselben mit den einheimischen Elementen, wie sie uns in so gelungener Weise in der C. C. B. entgegentritt, gar nicht dachten, hält es auch nicht sehr schwer, die Quellen zu nennen, aus denen dieselben geschöpft haben.

Dieser Umstand muss uns eine Frage beantworten helfen, die im Folgenden mehrfach auftauchen wird, die nämlich, ob wir die zwischen der C. C. B. und der Wormser Reformation unläugbar bestehenden Uebereinstimmungen dieser letzteren, oder einer beiden gemeinsamen Quelle zuzuschreiben haben.

Wir halten es indessen, um Wiederholungen zu vermeiden, für zweckmässiger, die Angabe der von den Redaktoren des wormser Gesetzbuchs benutzten Quellen in die Darstellung seines strafrechtlichen Inhalts selbst zu verweben und begnügen uns für jetzt, auf die bisher übersehene Thatsache hinzuweisen, dass die Wormser Reformation die ungefähr 18 Jahr früher erschienene Nürnberger Reformation ziemlich stark benutzt hat [2]; für unsere Untersuchung bleibt indessen diese Thatsache ohne Folgen.

1) Dafür spricht auch die 1497 erfolgte Verlegung des Reichskammergerichts nach Worms und der 1513 in Worms gegen die Doktoren gerichtete Aufstand der Bürger. Moddermann, Die Reception des R.Rs. übers. v. K. Schulz. 1875. S. 97.

2) Ohne im geringsten erschöpfend sein zu wollen, mache ich auf folgende Punkte aufmerksam; man vergleiche:

W. R. Bch 1 Tit. 3	mit	N. R. Tit. 1 Ges. 3
,, Bch 1 Tit. 4	,,	,, Tit. 2 Ges. 3
,, Bch 1 Tit. 6 ,, Bch 6 Th. 1 Tit. 5	,,	,, Tit. 5 Ges. 4

Während wir in der Tiroliensis den freilich nur mit wenigen Worten geregelten Inquisitionsprocess bereits so sehr erstarkt sahen, dass daneben das Verfahren auf Anklage nur noch indirekte Erwähnung fand, so tritt uns in der Wormser Reformation das inquisitorische Verfahren in Verbindung mit dem accusatorischen entgegen, beide verhältnissmässig ziemlich vollständig behandelt.

Die Wormser Reformation verlangt von dem Ankläger vor Allem Eid und Sicherheit oder Entschaft dahingehend, dass er die erhobene Anklage durchführen wolle, sodann ein Klaglibell, das in genauem Anschlusse an die Italiener[1] enthalten soll: den Namen des Klägers und des Beklagten, die Bezeichnung des begangenen Verbrechens sowie der Person, an der es verübt wurde, die Angabe des Ortes und der Zeit der That, endlich die sog. subscriptio des Klägers d. h. das Versprechen, dem Beklagten im Falle des Misslingens der Beweisführung mit Rücksicht auf die ihm zugefügte »Schmach und Injurie« Besserung und Erstattung thun zu wollen[2].

Dass der durch solche Erfordernisse beschwerte Accusationsprocess neben dem Verfahren von Amtswegen nur ein kümmerliches Dasein fristen konnte und zu einer immer seltener werdenden Ausnahme herabsinken musste, ist klar. Er spielt denn auch in der Wormser Reformation bereits eine sehr bescheidene Rolle: die herrschende Regel ist augenscheinlich der Inquisitionsprocess.

Als Fundamente des inquisitorischen Verfahrens bezeichnet die Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 1):

1) offenbaren oder gemeinen Leumund,

2) strenge Vermuthung oder glaubliche Anzeigen[3].

Beide sollen den Bürgermeister und Rath veranlassen, ernstliche Nach-

W. R.	Bch 1 Tit. 9, 10, 11	mit N. R.	Tit. 8 Ges. 4—11	
,,	Bch 1 Tit. 13	,, ,,	Tit. 8 Ges. 17	
,,	Bch 1 Tit. 16	,, ,,	Tit. 6 Ges. 1	
,,	Bch 1 Tit. 19	,, ,,	Tit. 6 Ges. 3	
,,	Bch 1 Tit. 20	,, ,,	Tit. 6 Ges. 12	
,,	Bch 2 Tit. 1	,, ,,	Tit. 10 Ges. 10	

Dagegen ist Stobbe's Bemerkung (a. a. O. S. 332 Anm. 3), dass die Wormser Reformation ihre Vorrede der Nürnberger verdanke, unrichtig; bei der dritten Aussage der letzteren von 1522, die Stobbe benutzte, ist augenscheinlich das Umgekehrte der Fall.

1) cf. Gandinus, Rub. qualiter fiat accus. n. 3.

2) Nach den Italienern subscribirt sich der Kläger in poenam talionis. Ueber die Bedeutung dieser Abweichung in der Wormser Reformation s. oben § 5 Schluss.

3) Ebenso die italienische Doktrin cf. Angelus Aretinus, Gl. quod fama publ. praec. n. 4.

forschungen anzustellen und Berichte von »gezügen oder solchen, die des wissen oder verstant« haben, entgegen zu nehmen. Empfängt die untersuchende Behörde auf diese Weise »lutern bericht oder glaubliche anzeige«, so genügt das, den Verdächtigen gefänglich anzunehmen und ihm die Ergebnisse der Untersuchung artikelweise vorzuhalten. Gesteht er dann die That freiwillig, so erfolgt Verurtheilung.

Allein dieselbe kann nach Bch. 6, Th. 2, Tit. 10 auch eintreten:

1) Auf Grund eines durch die Folter erpressten, nicht widerrufenen Geständnisses.
2) Sobald die That durch tüchtige und zuvor vereidigte Zeugen bewiesen ist[1].
3) Auf Grund eines schon früher über den Verbrecher ergangenen, unanfechtbaren Urtheils.
4) Auf Grund der Thatsache, dass der Beklagte mit dem Beschädigten paciscirt und sich dadurch als schuldig bekannt hat.
5) Bei einigen polizeilichen Vergehen auf Grund eines richterlichen Augenscheins.

Diese fünf, das freiwillige Geständniss eingerechnet, sechs Gründe, auf welche hin die Verurtheilung erfolgen kann, nennt die Wormser Reformation »vnzwyfelhaftige vermutungen vnd anzeigen daruff geurteilt mag werden«.

Das Gesagte ist in zweifacher Hinsicht wichtig, einmal ersehen wir daraus, dass die Wormser Reformation ihrem eigenen, im Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 ausgesprochenen Princip untreu geworden ist, nach welchem strenge Vermuthungen und glaubliche Anzeigen immer erst zur Folter, nie zu peinlicher Strafe führen, da diese letztere nur auf »offenbar vnd vnzwyfelhafftig zügnus oder eigen bekentnus« hin verhängt werden darf, sodann leuchtet ein, dass sie den Begriff der Vermuthung oder Anzeige in einem ganz anderen Sinne gefasst hat, als die C. C. B., welche mit diesen Ausdrücken lediglich Gründe der Wahrscheinlichkeit bezeichnen will.

Beides wird klar, wenn wir die Quellen betrachten, aus denen unsere Reformation geschöpft hat.

Die Frage, ob Jemand auf Indizien hin zum Tode oder zu einer schweren Leibesstrafe verurtheilt werden könne, gehört zu denjenigen, welche die Italiener in Anbetracht ihrer grossen Wichtigkeit mit sichtlicher Vorliebe behandeln. Es liegt mir fern, die dogmengeschichtliche Entwickelung dieser Frage von Innocenz IV. und Thomas de Piperata

1) Vergl. hiezu die Bestimmung der Wormser Reformation Bch. 3, Th. 3, Tit. 3.

an bis in das 16. Jahrhundert hinein im Einzelnen verfolgen zu wollen, für unsere Zwecke genügt es, über diesen Punkt die Meinungen derjenigen Juristen anzuführen, welche im Zeitalter der C. C. B. auf die Fort- bezw. Umbildung des Strafprocesses einen maassgebenden Einfluss ausgeübt haben.

Derjenige Jurist, welchem nicht nur dieses Letztere nachgesagt werden muss, sondern dem auch die italienischen Praktiker einstimmig das Zeugniss geben, die Lehre von den Indizien zuerst in umfassender und zusammenhängender Weise behandelt zu haben, ist Albertus Gandinus [1]. Nemo fuit, sagt Augustinus Ariminiensis [2], qui ita latissime disputaverit istam materiam, quam fecit Gandinus in suo tractatu de malefic. in rub. de praes. et indic. indub.

Gandinus definirt das indicium als signum alicujus maleficii commissi vel alterius rei, de qua agitur [3], und theilt nun die Masse der Indizien in

indicia dubitata und
indicia indubitata.

Tritt zu einem indicium dubitatum noch die fama d. h. der Umstand hinzu, dass derjenige, auf den die Anzeige geht, auch vom Gerüchte als Thäter oder am Verbrechen betheiligt bezeichnet wird, so führt dasselbe zur Tortur, die indicia indubitata dagegen berechtigen den Richter zur Condemnation. Zu diesen unzweifelhaften Indizien rechnet Gandinus vermöge der von ihm angenommenen grossen Elasticität des Begriffs von indicium einmal alle diejenigen Anzeigen, denen das Gesetz selbst die Eigenschaft unzweifelhaft zu sein zugeschrieben hat (Beisp. in l. si qui adult. C. de adulter. = l. 34 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9), sodann das freiwillige Geständniss, das auf der Folter abgelegte, nachher ratificirte Geständniss, das vollgültige Zeugniss, ein schon früher gegen den Thäter ergangenes, rechtskräftiges Urtheil, die Thatsache, dass Jemand sich um Geld mit dem Beschädigten abzufinden suchte, Notorietät, evidentia facti, den Augenschein obrigkeitlicher Personen, endlich 3 Fälle, wo mehrere für eine Verurtheilung an sich zu schwache Indizien in der Art zusammentreffen, dass sie für einen Zweifel des Richters keinen Raum mehr übrig lassen. Diese drei Fälle, die Gan-

1) Libellus oder tractatus de maleficiis Rub. de praesumpt. et indiciis indub.

2) Ad Angelum Aretinum Gl. comparuerunt dicti inquisiti. n. 11.

3) cf. Rub. de praesumpt. et indic. dub. n. 14. Damit steht aber eine zweite Definition, die derselbe Jurist in Rub. de quaest. et torm. n. 14 gibt, keineswegs im Einklang.

dinus der Schrift eines Zeitgenossen, des bereits erwähnten Thomas de Piperata[1]), entnommen hat, sind kurz folgende:

1) Ein Mensch wird erblickt, wie er mit verstörtem Gesicht und mit blutigem Schwert aus dem einzigen Eingang eines Zimmers, in dem nachher ein Todter gefunden wird, hervorstürzt.

2) Titius wird beschuldigt, Jemanden getödtet zu haben; es sprechen gegen ihn folgende Anzeigen: erat inimicus capitalis occisi, item fuit visus solus ambulare cum gladio et solus fugere de loco cum gladio evaginato et est publica vox et fama, quod homicidium commissum sit ab eo.

3) Man beschuldigt den Seius, er habe durch seinen Diener den Titius tödten lassen; folgende Anzeigen machen das glaublich: Seius erat capitalis inimicus Titii; erat prope locum criminis, quando fuit occisus; quo homicidio perpetrato receptavit homicidam, qui erat domesticus Seii, qui se jactaverat, quod faceret occidi Titium et inter eos fuerant offensae et est publica vox et fama, quod fecerat committi tale homicidium.

Von jedem dieser drei Fälle, welche natürlich nur Muster für die Bildung anderer sein wollen[2]), sagt Gandinus mit seinem Gewährsmanne Thomas de Piperata: omnia simul juncta videntur esse indicia indubitata et ex iis ad condemnationem procedi potest; allein, fügt er hinzu, die Rechtsgelehrten in Bologna und auch anderwärts seien anderer Meinung, indem sie glaubten, es könnte auf die Indizien der drei letztgenannten und ähnlicher Fälle hin kein Todesurtheil gefällt, sondern höchstens eine Geldstrafe erkannt werden. Diese Ansicht habe er selbst in der Praxis sehr verbreitet gefunden[3]).

Hatten die gleichzeitige Theorie und Praxis die drei indicia indubitata des Thomas de Piperata und Albertus Gandinus bereits als unzuverlässig bezeichnet, so wagten es Johannes Andreae[4]) und Johannes de Imola[5]), den Satz auszusprechen, dass dieselben nie zur Verurtheilung, sondern höchstens zur Anlegung der Folter berechtigten.

Nachdem Bartolus und Baldus, wenn auch nicht in durchschla-

1) Die Schrift ist betitelt de fama, cf. Joh. Andreae in Durantis Spec. lib. II. p. 2, de probationibus § 3 n. 19 (Sciant); vergl. Savigny, Geschichte des R. Rs. Bd. V. 1850. S. 566. Dieselben Beispiele finden sich ohne Nennung des Thomas auch bei Guido de Suzaria, de indiciis et tortura n. 99, 100, 101.

2) Curiosus autem lector multa alia poterit invenire exempla de indiciis ad probationem indubitatis, cf. Guido de Suzaria l. c. n. 102.

3) l. c. n. 12.

4) Additio in Dur. Spec. lib. I. p. 2, de probationibus § 3. n. 19 (Sciant).

5) Lect. ad l. fi. ff. de haer. inst. (= l. 92 D. de hered. instit. 28, 5).

gender Weise[1]) für die Ansicht des Thomas de Piperata eingetreten waren und behauptet hatten, dass eine praesumptio violenta in der That die Wirkung einer vera probatio besitzen könne, wurde die Entscheidung von Johannes Andreae und Johannes de Imola wieder aufgenommen von Angelus Aretinus[2]) und Augustinus Ariminiensis[3]); dem entsprechend finden wir die unzweifelhaften Anzeigen des Thomas de Piperata bei Angelus unter den indicia sufficientia ad torturam. Aber während er den Grundsatz, dass ex indiciis indubitatis verurtheilt werden dürfe, beibehält und ihn nur insofern beschränkt, als er zu diesen Indizien lediglich die vom Gesetze als unzweifelhaft bezeichneten rechnet[4]), kehrt Augustinus das Princip um und verstattet eine condemnatio ex indiciis indubitatis ausser in dem Fall, wo eine lex einer Anzeige ausdrücklich diese Eigenschaft zuerkannt hat, nur noch dann, wenn die in Frage stehende Strafe eine Geld- oder leichte Körperstrafe ist[5]).

Indessen blieb die Frage auch in der Folgezeit noch bestritten und bildete nach wie vor einen beliebten Tummelplatz, den selten ein italienischer Jurist vermied und den er jedenfalls nicht verliess, ohne eine Lanze für eine der verschiedenen Meinungen gebrochen zu haben, bis sich endlich gegen Ende des 15. Jahrhunderts die von Albertus Gandinus bezeugte Ansicht der Sapientes Bononienses wieder festsetzte, dass ex indiciis quantumcunque indubitatis zu keiner Todes- oder Leibesstrafe, überhaupt nicht zur poena ordinaria delicti, sondern nur zu einer Geldstrafe als einer poena arbitraria verurtheilt werden dürfe.

Im 15. Jahrhundert vertheidigt durch Juristen wie Paulus de Castro, Bartholomaeus Caepolla und Franciscus Brunus[6]), behielt diese Ansicht auch im 16. Jahrhundert die Oberhand und wurde während desselben ernstlich vielleicht noch insofern bemängelt, als manche neben der Geldstrafe als poenae arbitrariae auch leichte Körperstrafen zugelassen wissen wollten.

1) cf. Augustinus ad Angelum Aretinum Gl. quod fama publ. praec. n. 22.

2) Gl. quod fama publ. praec. n. 18.

3) l. c. n. 24—29.

4) Gl. comparuerunt dicti inquisit. n. 5.

5) Augustinus l. c. schliesst sich dabei an einen Ausspruch von Innocenz IV. an, den dieser in seinem apparatus zu den Decretalen Gregors IX. zu c. quia verisimile X de praesumpt. (= c. 2 X de praesumpt. 2, 23) gethan hat.

6) De indiciis et tortura P. I. qu. 4 n. 15; für P. de Castro und Barth. Caepolla cf. Clarus, Sent. recept. lib. V, § fin. qu. 19 n. 5.

Freilich wäre es sehr irrig, den so zur Herrschaft gelangten Satz: ex indiciis quantumcunque indubitatis nemo in persona damnari potest auf alle neun von Albertus Gandinus unzweifelhaft genannten Indizien beziehen zu wollen. Dass ein genügender Zeugenbeweis und das freiwillige sowie das auf der Folter abgelegte und nachher nicht widerrufene Geständniss zur Verurtheilung führen müsse, ist von den italienischen Juristen zu keiner Zeit bestritten worden. Der Grund, warum die Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts sich so allgemein ausdrücken, liegt darin, dass sich der Begriff des Indizes bei ihnen verengert hat. Während noch Johannes Andreae[1]) das indicium ähnlich wie Albertus Gandinus als ein notabile signum maleficii vel alterius rei ad veritatem habendam bezeichnet, definirt schon Baldus dasselbe mit den Worten[2]): est conjectura ex probabilibus orta, a quibus potest abesse veritas, sed non similitudo veri, quae quandoque mentem judicantis ita perstringunt, ut cogant conscientiam judicis judicare secundum ipsa.

Die Indizien sind also nach ihm und so auch nach den folgenden Juristen Thatsachen, welche die Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein anderer Thatsachen begründen. Es versteht sich von selbst, dass bei dieser Auffassung das Anzeigenbegriffs Zeugniss, Geständniss, Notorietät, evidentia facti und der Augenschein obrigkeitlicher Personen aus dem Kreise der Indizien ausschieden und dass, wenn man jetzt von den indicia indubitata des Gandinus sprach, man nur noch an fünf derselben, nämlich an jene drei von Thomas de Piperata aufgestellten und die beiden Fälle dachte, wo der Beklagte mit dem Beschädigten paciscirt und wo das Gesetz selbst einer Thatsache die Kraft zugeschrieben hatte, eine unbezweifelte Anzeige zu begründen[3]).

Welche Stellung nimmt nun die Wormser Reformation zu dieser Frage ein?

Durch eine Gedankenlosigkeit, die keinen sehr günstigen Rückschluss auf die wissenschaftliche Befähigung ihrer Redaktoren erlaubt, ist ihr Standpunkt ein merkwürdig zwitterhafter geworden.

In den Anzeigen des Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 (»uss was vrsachen oder anzeigen wyter ernstlich frag mog geschehen«) erkennen wir unschwer die indicia sufficientia ad torturam des Angelus Aretinus[4]) wieder,

1) Ad Dur. Spec. lib. II. p. 2, de probat. § 3 n. 19 (Sciant).

2) Vergl. Allard, Histoire de la justice criminelle au 16ième siècle. 1868. p. 263.

3) Recht deutlich sieht man dies bei Bonifacius de Vitalinis, Tractatus super maleficiis Rub. de indiciis. n. 11—18.

4) Gl. quod fama publ. praec. n. 13 ff.

welche denn auch sämmtlich so wörtlich angeführt werden, dass wir den Sinn der Uebersetzung oft erst dann richtig verstehen, wenn wir das lateinische Original zur Hand nehmen.

Im vollen Widerspruche zu dieser Auffassung der Indizien und besonders zum Schlussatze des Tit. 2, dass die Verhängung jeder peinlichen Strafe »offenbar vnd vnzwyffelhafftig zügnus oder eigen bekentnus« erfordere, wird nun im Tit. 10 desselben Buches und Theils plötzlich von »unzwyfelhafften Vermutungen und Anzeigen« gesprochen, auf die geurtheilt werden dürfe und der Inhalt des betreffenden Titels wörtlich der Rub. de praesumptionibus et indiciis indubitatis von Albertus Gandinus entnommen, dessen Stellung zu den Indizien und ihrer Wirkung doch eine ganz andere ist, als die des Angelus Aretinus. Insbesondere wird das Paciscìren, das von Angelus [1] und allen Italienern des 15. Jahrhunderts als eine confessio extrajudicialis nur den Werth eines indicium ad torturam sufficiens hat, neben Geständniss und Zeugenbeweis ruhig noch als eine Thatsache behandelt, die ohne weiteres Condemnation nach sich zieht.

Gegenüber diesen Widersprüchen der Wormser Reformation zeigt die C. C. B. einen doppelten Fortschritt: sie besitzt einmal einen einheitlichen Indizienbegriff: unter Indizien versteht sie lediglich Wahrscheinlichkeitsgründe, während die Wormser Reformation neben dieser engeren Auffassung im Tit. 10 noch die weitere des Gandinus beibehalten hat, nach welcher auch Geständniss und Zeugenbeweis zu den Anzeigen zählen — sodann hat sie das Princip, welches die Redaktoren der Wormser Reformation im Grunde als das richtige anerkannt, aber durch eine unbesonnene Benutzung ihrer Quellen getrübt hatten, das Princip nämlich, dass Jemand nur auf sein eigenes Bekenntniss oder offenbares Zeugniss hin zu peinlicher Strafe verurtheilt werden könne, in seiner vollen Reinheit hergestellt und nur die Fassung desselben, so weit es anging, der Wormser Reformation entnommen [2].

1) Gl. comparuerunt dicti inquisiti. n. 4.

2) Während die Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 Eingang und letzter Abs. i. f.), um nicht mit dem Titel 10 in den offensten Widerspruch zu gerathen, sich so ausdrückt:

»... so haben wir gesetzt vnd geordent das niemandt vff schlechte vermutung oder argwone oder zwyfelhafftige anzeig einer bösen that soll geurtheilt noch verdammet werden zu einicher pene oder straffe. Aber vff strenge vermutung vnd glaublich anzeig etlicher vmbstende die offenbar oder bewyst syn. mögen wir den berüchtigten ernstlich fragen mit messiglicher handlung ... dann solich (pynlich) straffe erfordert offenbar vnd vnzwyfelhafftig Zügnus oder eigen bekentnus«.

Bis jetzt sahen wir, dass nach der Wormser Reformation mit dem Vorhandensein einer der sechs unzweifelhaften Anzeigen für die Schöffen von Neuem ein formeller Beweis vorlag, auf Grund dessen alle Schwierigkeiten so sehr beseitigt schienen, dass dieselben unbedenklich die Verurtheilung aussprechen konnten, ja mussten.

Schwieriger wurde natürlich die Sachlage, wenn eine solche unzweifelhafte Vermuthung (Geständniss, Zeugenaussage u. s. w.) fehlte und der Angeklagte die That läugnete. Das sicherste Mittel, dem Mangel eines genügenden formellen Beweises abzuhelfen, schien der Wormser Reformation, wie überhaupt der damaligen Zeit, die Tortur. Es handelte sich nun nur darum, — und an diesem Punkte waren die Gebrechen des Verfahrens vor der Reformation am schärfsten hervorgetreten — den Schöffen für die Anwendung dieses sicheren Mittels eine ebenso sichere Regel an die Hand zu geben, mit deren Hülfe sie in jedem einzelnen Falle nach Maassgabe der concreten Thatumstände über den zur Folter erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit entscheiden konnten. Hierüber eine bestimmte Theorie in einem Compendium oder gar Gesetzbuche aufzustellen, ist schon von Gandinus und nach ihm mit denselben Worten von allen Italienern mit Recht als eine Unmöglichkeit bezeichnet worden: in materia indiciorum certa doctrina dari non potest, sed remittitur arbitrio judicantis.

Schien aber etwas den Italienern unmöglich, so wäre es natürlich in den Augen der gelehrten Redaktoren der Wormser Reformation eine Vermessenheit gewesen, weiter darüber nachzudenken; fest überzeugt, dass »über solich vrsachen vnd anzeigen kein gewissheit oder Regel« zu setzen sei, sondern Alles »zu bescheidenheit eins yeden Richters stee«, begnügen sie sich damit, diejenigen Thatsachen hervorzuheben, die Angelus Aretinus als genügende Grundlagen der Tortur bezeichnet hatte.

Bevor wir auf dieselben näher eingehen, haben wir noch auf einen Punkt aufmerksam zu machen, welcher mit Rücksicht auf die C. C. B. unsere volle Aufmerksamkeit verdient.

Im Anfange des Bch. 6, Th. 2, Tit. 2, also wie in der C. C. B. unmittelbar vor der Lehre von den Anzeigen, steht die Bestimmung: es

sagt die C. C. B. Art. 29:

»Item es ist auch zumercken das nyemant auf eynicherley anzeygung, argkwon, warzeichen oder verdacht entlich zu peynlicher straff sol verurteilt werden Sünder allein mag man peynlich darauf fragen So die anzeigung gnugsam ist, wan sol yemant entlich zu peynlicher straff verurteilt werden, das muss auss eygem bekennen oder beweysung gescheen vnd nit vff vermutung oder anzeigung«.

solle Niemand ohne das Vorhandensein einer »mergklichen vrsach, offenbaren oder frischen that«, auf welcher er begriffen oder bezeugt sei, mit ernstlicher Handlung gepeinigt oder gefragt werden.

Zwischen dieser Anordnung und dem Art. 23 der C. C. B. besteht unzweifelhaft eine frappante Aehnlichkeit, weniger wegen der örtlichen Stellung, in der sie beide Gesetzbücher anbringen, als vielmehr desshalb, weil beide in der Behandlung, welche sie der handhaften That im neuen Processe zu Theil werden lassen, übereinstimmen: beide bringen dieselbe in Verbindung mit dem offenbaren d. h. dem notorischen Verbrechen, in beiden folgt auf dieselbe nicht ohne weiteres Verurtheilung, sondern, wenn die That geläugnet wird, erst die Tortur. Es ist diese sogar im Ausdruck hervortretende Aehnlichkeit der Auffassung in beiden Gesetzgebungen gewiss keine Zufälligkeit, wenn auch eine genauere Analyse des von den Commentatoren der C. C. C. als unverständlich bezeichneten Art. 23 der C. C. B. (C. C. C. Art. 16)[1]) zeigen wird, dass der Einfluss, den die Wormser Reformation auf dessen Entstehung gehabt hat, doch vor dem anderer Quellen zurücktreten muss.

An die Spitze der Indizien, die zur Tortur genügend sind, stellt die Wormser Reformation die Aussage »eines glaubwirdigen vnargwonigen oder zweyer gezügen« — oder zweier! Es ist dieser Zusatz insofern ausserordentlich, als ja nach allen Italienern und auch nach der C. C. B. die Aussage zweier Zeugen über ein geschehnes Verbrechen zur Verurtheilung des von ihnen Bezichtigten führt. Der Grund dieses Räthsels scheint mir in einem groben Missverständnisse des Angelus Aretinus zu liegen, den die Redaktoren der Wormser Reformation, wie bereits bemerkt, für den ganzen Titel 2 benutzten. Angelus (Gl. quod fama publ. praeced. n. 10) sagt nämlich, das Indiz werde bewiesen mit wenigstens zwei Zeugen, qui tamen, fügt er deutlich genug hinzu, directe non probant, sed qui (exempli causa) viderunt eum prope domum de nocte ibi stantem, in qua furtum commissum est. Unmittelbar darauf sagt er ganz ohne Uebergang: nam unicus testis de visu probat indicium et facit indicium. Was Angelus mit diesen Worten sagen will, ist klar. Ein Indiz, (wie z. B. dass ein Mensch in der Nacht bei dem Hause, in dem ein Diebstahl geschah, gesehen wurde) muss, damit es überhaupt in Betracht kommen kann, mit wenigstens zwei Zeugen bewiesen werden, Zeugen, die natürlich über das Indiz, nicht das Verbrechen aussagen.

1) cf. Boehmer, Meditat. in C. C. C. Art. 16 § I: Quocunque ergo te vertas, vix patet refugium, quod commodam interpretationem tueri posset.

Deponirt ein einzelner Zeuge über das Verbrechen selbst, so bewirkt er nach Angelus und der übereinstimmenden Erklärung aller Italiener eine Anzeige zur Tortur [1]. Diese Worte des Angelus, die allerdings an jener Stelle ein wenig unklar sind, deren Sinn aber unzweifelhaft wird, wenn er weiter unten (l. c. n. 30) wiederholt: et bene nota, quod dixi, quod unus testis integer de maleficio facit indicium, sind von den Redaktoren der Wormser Reformation in geistreicher Weise so verstanden worden, als ob die Aussagen eines oder zweier Zeugen, natürlich de maleficio, ein Indiz zur Folter machten.

Schwarzenberg verstand seine Italiener besser als jene, denn in dem Art. 37 (vergl. Art. 30) der C. C. B. weiss er, was die Wormser Reformation zusammenwarf, genau zu trennen: Ein einziger, guter »tügenlicher« Zeuge, der über die Hauptsache aussagt, macht eine halbe Beweisung und damit eine redliche Anzeige; will aber einer »etlich vmbstend, warzeichen, anzeigung, argkwon oder verdacht weisen«, so muss das mit zwei guten Zeugen geschehen. Jetzt wissen wir auch, was Schwarzenberg mit den nach S. F. Böhmer etwas unklaren Worten »in der haubtsach« hat sagen wollen; dasselbe, was Angelus, wenn er verlangt, dass ein testis integer, um eine Anzeige zur Folter zu machen, de maleficio, oder, wie der Glossator Augustinus Ariminiensis sich ausdrückt, de veritate deponiren müsse, quia vidit Titium occidere Cajum, und nicht etwa bloss über ein signum ad maleficium conferens, zu dessen Beweis zwei Zeugen gehören.

Eine zweite zur Folter genugsame Anzeige der Wormser Reformation ist das Auffinden der gestohlenen Sache bei einem Menschen »lychtfertigen wesens«. Das Letztere erklären alle Italiener [2] als wesentlich, denn wenn die persona, apud quam res furtiva reperitur, gravis et honesta ist, so kann aus dem Besitze allein noch nicht auf den Diebstahl geschlossen werden. Schwarzenberg hat diesen Punkt im Art. 52 übergangen, dagegen im Art. 34 viel allgemeiner als die Italiener und die Wormser Reformation verarbeitet.

Als genugsame Vermuthung betrachtet die Wormser Reformation

1) Guido de Suzaria l. c. n. 90. Jacobus de Bellovisu, Practica criminalis, lib. III. c. V n. 12 u. 27. Bonifacius de Vitalinis, Rub. de perseverat. post torm. forma n. 6. Franciscus Brunus, de indiciis et tortura. P. I. qu. 2 n. 1.

2) cf. Angelus Aretinus, Gl. quod fama publ. praec. n. 15; Augustinus ad Angelum Aret. l. c. n. 21 in f.; Ludovici ad Guido. de Suzaria l. c. n. 37; Franciscus Brunus P. I. qu. 3 n. 4.

ferner[1]) den Umstand, dass sich einer eines begangenen Verbrechens gerühmt oder einem Anderen mit dem Tode gedroht hat, Letzteres unter der Voraussetzung, dass der Droher ein Mensch leichtfertigen und zankhaftigen Wesens ist, der auch schon »zu mermalen in vffruren vnd hadereyen gewesen«, und dass der Bedrohte kurze Zeit nach der »trawe« wirklich entleibt wurde. Auch Schwarzenberg behandelt diese Indizien als zur Folter genugsam. Der Art. 39 der C. C. B. wird wohl geradezu eine Compilation von Abs. 6 und 7 der Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 2) genannt werden dürfen.

Auf schlechten Leumund (fama) hin darf Niemand peinlich gefragt werden: ist derselbe aber derart, dass er sich nicht unterdrücken lässt und »schande oder mergklicher vnrat« durch ihn zu entstehen droht[2]), erweist sich der Diffamatus überdies als ein Mensch bösen Wesens, vielleicht gerade mit Rücksicht auf das Verbrechen, über welches »der lymut vssgeschollen ist« (clamor insonuit), so darf die Folter angewendet werden. Diese Bestimmung, für welche sich die Wormser Reformation in ungeschlachter Weise auf die »gemeine rede« (die communis opinio) beruft, setzt indessen weiter voraus, dass der üble Leumund seinen Ursprung von »glaubwirdigen alten menschen ersams wesens vnd guten lymuts« gehabt hat[3]), »vnd nit von denen die einem gehessig widerwertig vnwillig oder sust lychtfertig oder klapperich lüte syn«.

Schwarzenberg stimmt mit der Wormser Reformation darin überein, dass er in dem bösen Leumund und Gerücht kein zur Folter genugsames Indiz, sondern nur ein solches erblickt, das in Verbindung mit anderen zu derselben führt; wie sie bestimmt er ausdrücklich, dass der Leumund nicht von feindlichen oder leichtfertigen, sondern von unpartheiischen und redlichen Leuten auszugehen habe (vergl. C. C. B. Art. 32 Abs. 1).

Ob die Flucht eine Anzeige zur Folter abgebe, hängt nach der Wormser Reformation, die hier Angelus Aretinus (Gl. quod fama publ. praec. n. 46), weil zu wörtlich, in höchst ungeschickter Weise wieder-

1) Die Anzeigen des Titels 2 Abs. 3, 4, 5 sind Wiedergaben von Angelus Aretinus, Gl. quod fama publ. praec. n. 17 u. 18. — In den Anzeigen des Abs. 4 u. 5 erkennen wir zwei Beispiele des Thomas de Piperata wieder.

2) Angelus Aretinus, Gl. quod fama publ. praec. n. 40: Et bene nota, quod dicta fama debet esse talis, quod non possit tergiversari et quae possit generare scandalum.

3) Albertus Gandinus, Rub. a quo vel a quibus p. f. incip. n. 8, 9 und Rub. de praes. et ind dub. n. 26: ab hominibus honestae opinionis et bonae vitae, ut a gravibus et honestis et antiquis, ... non a malevolis et maledicis.

gibt, davon ab, ob der Betreffende vor der Anklage die Flucht ergreift, in diesem Falle begründet diese eine Anzeige, dagegen nicht, wenn sie nach Erhebung der Anklage oder nach Beginn der Inquisition geschieht, denn der Fliehende »hat nit vnbillich forcht gehabt« (quia juste debuit et potuit timere). Die Frage, welche die Wormser Reformation im Anschluss an Angelus Aretinus entscheidet, war für jene Zeit, in welcher die Flucht in ein Asyl das regelmässige Mittel war, durch das sich der Thäter, schuldig oder unschuldig, der Verhaftung entzog, jedenfalls von einschneidender Wichtigkeit. Dieselbe Gewohnheit wird wohl auch das Meiste zu der grossen Sorgfalt beigetragen haben, welche die Italiener auf diesen Punkt verwenden. Von der erstaunlichen Casuistik, die bei dieser Frage etwa von Johannes Andreae [1]) ab entfaltet wird, wissen freilich ältere Juristen, wie Guido de Suzaria [2]) und Albertus Gandinus [3]) Nichts: sie sagen einfach, dass die fuga zwar nicht allein, — dieselbe ist ja ein indicium remotum a maleficio — aber doch in Verbindung mit anderen Verdachtsgründen zur Anlegung der Tortur berechtige. Diesen Juristen folgend hat sich auch die C. C. B. jeder Casuistik enthalten und sich damit begnügt, die Flucht unter die Anzeigen zu stellen, deren keine zur Folter genugsam ist. Vergl. Art. 32 Abs. 7. — Der vorletzte Absatz des Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 der Wormser Reformation ist eine Compilation aus zwei Stellen von Angelus Aretinus [4]): Wenn ein Erschlagener vor der Thür eines Hauses gefunden wird, so darf der Bewohner desselben, wofern er sich eines guten Rufes erfreut, desswegen nie mit peinlicher Frage angegriffen werden; ist er aber berüchtigt »gewonlicher hadery, schlagens, verletzung oder totschlagens« (solitus committere homicidia), oder war er ein »offenlicher fyendt« (inimicus capitalis?) des Getödteten, oder endlich bestand zwischen beiden »ein krieg vmb ein grossen teil irer güter« (si de majore parte bonorum erat litigium inter eos), so sind dies drei indizirende Thatsachen, von denen jede durch ihr Hinzutreten zu jenem ersteren Umstande die Folter als gerechtfertigt erscheinen lässt.

Dieselben sind auch Schwarzenberg nicht unbekannt. Wie in der Wormser Reformation die Gewohnheit zu Haderei, Verletzung und

1) In Durantis Spec. lib. II. p. 2, de praesumpt. § 2 n. 3 (l. unica); cf. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n. 46, Ludovici ad Guido. de Suzaria l. c. n. 40 ff., Franciscus Brunus P. I. qu. 3 n. 7 ff.

2) De indiciis et tortura n. 34.

3) Rub. de praesumpt. et indiciis dub. n. 20; cf. Jacobus de Bellovisu, l. III. c. V n. 10.

4) Gl. quod fama publ. praeced. n. 50 u. 51.

Todtschlag, so bildet auch in der C. C. B. (Art. 32 Abs. 1) die Thatsache, dass eine Person »der gleichen missetat vormals mer geubt« eine allein zur Folter nicht genugsame Anzeige.

Dass die Feindschaft zwischen zwei Leuten, von welchen der eine verletzt oder gar getödtet wurde, als Anzeige für die Thäterschaft des anderen zu betrachten sei, hat Schwarzenberg an drei Orten, im Art. 32, 41 und 42, ausdrücklich bestätigt. Von diesen scheint der Art. 41 weiter Nichts zu sein als eine Ausführung der bereits erwähnten im zweitletzten Absatz des Tit. 2 befindlichen Worte, »oder das zwüschen dem toten vnd dem berüchtigten krieg were vmb ein grossen teil irer güter«. Näher betrachtet wird indessen der Wormser Reformation im allerbesten Falle das Verdienst gelassen werden müssen, Schwarzenberg und dessen Mitarbeiter auf die Quellen, aus denen sie selbst schöpfte, hingewiesen und zu einer genauen Behandlung dieses Punktes angeregt zu haben.

Es sagt nämlich die Wormser Reformation »vmb ein grossen teil irer güter«; verglichen mit der Quelle, aus der diese Worte flossen, müssen dieselben als ungenau bezeichnet werden, denn Angelus sagt: si de majore parte bonorum erat litigium inter eos, und der Art. 41 der C. C. B. spricht sich der Ausdrucksweise des Angelus getreuer so aus: »Item so einer mit dem andern vmb gross gut rechtet das dann den merernteil seiner narung habe vnd vermögens antrift, der« u. s. w.

Schwarzenberg hat also aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die Wormser Reformation bei der Redaktion jenes Artikels vor sich gehabt, sondern einen der italienischen Juristen. Welchen, ist sehr schwer zu entscheiden. Der Art. 41 weicht nämlich insofern auch von Angelus ab, als er die grosse Feindschaft (capitalis inimicitia) nicht allein, sondern nur in Begleitung eines wenn auch noch so kleinen anderen Indizes (verdächtiges Wesen oder »ander argkwan«) zur Tortur genügen lässt, ein neuer Beweis, wie vertraut die Mitarbeiter Schwarzenbergs mit den Erzeugnissen der italienischen Literatur gewesen sein müssen. Dass eine causa omnium bonorum vel majoris partis zwischen den Processpartheien eine capitalis inimicitia hervorrufe und dass dieselbe gegen den einen Processgegner eine Anzeige begründe, wenn der andere unbekannterweise verwundet oder getödtet worden sei, darüber sind alle einverstanden, sed difficultas est, — um einen [1]) der Italiener selbst sprechen zu lassen — an capitalis vel gravis inimicitia sola faciat indicium ad torturam. Aeltere Juristen, wie Albertus Gandinus [2])

1) Marcus Blancus, de indiciis et tortura n. 176.

2) Rub. de praesumpt. et ind. dubit. n. 16; cf. Rub. de quaest. et torm. n. 14.

und Jacobus de Bellovisu[1]), hatten die Frage verneint, es sollte der Feind des Getödteten nur coadjuvante fama torquirt werden dürfen. Controvers wurde die Frage erst, als Durantis[2]) behauptete, dass wenn Jemand unbekannterweise erschlagen worden, derjenige ohne jedes weitere Indiz gefoltert werden könne, der ein Feind des Getödteten gewesen sei. Obgleich augenscheinlich ungerecht und gefährlich, fand diese Ansicht doch Billigung bei Juristen, wie Angelus Aretinus[3]) und Franciscus Brunus[4]), welche freilich dabei voraussetzten, Durantis spreche von einem inimicus capitalis. Nachdem indessen schon Johannes de Imola[5]) gegen Durantis aufgetreten war, erklärte Augustinus[6]) das von Angelus adoptirte dictum Speculatoris geradezu für falsch, da die capitalis inimicitia ein indicium remotum a maleficio bleibe und ein solches ohne die Begleitung anderer Anzeigen unmöglich zur Tortur führen dürfe. In gleichem Sinne sprach sich auch der gleichzeitig mit Schwarzenberg lebende Hippolytus de Marsiliis[7]) aus.

Ein Reflex dieses Streites ist augenscheinlich im Art. 41 der C. C. B. bemerkbar. Die Mitarbeiter Schwarzenbergs waren offenbar der letzteren Ansicht, hatten aber einer Autorität wie Angelus Aretinus gegenüber wahrscheinlich nicht den Muth, in entscheidender Weise in die Controverse einzugreifen, sie bestimmten desshalb, dass bei grosser Feindschaft des Angeklagten gegen den Getödteten ein noch so kleiner Verdachtsgrund den Ausschlag zur Folter geben könne.

War über diesen Punkt bei den Italienern viel Streit, so waren sie doch auf der anderen Seite darin mit einander einverstanden, dass, wenn bei einem Streite von Mehreren Jemand getödtet worden sei und die Schuld einer Person, nicht aber ihr Name feststehe, derjenige von den Mehreren ohne weiteres torquirt werden könne, der ein Feind des Erschlagenen gewesen[8]). Diese Ansicht wurde denn auch von den Mitarbeitern Schwarzenbergs bereitwillig adoptirt; vergl. C. C. B. Art. 42.

1) L. III. c. V n. 31.

2) Spec. lib. II. p. 2, de praesumpt. § 2 n. 8.

3) Gl. quod fama publ. praeced. n. 50.

4) De indiciis et tort. P. I. qu. 3 n. 29.

5) Lect. ad l. fi. ff. de hered. instituend. (= l. 92 D. 28, 5).

6) Ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n. 50.

7) Practica causarum criminalium § diligenter n. 70—72.

8) cf. Marcus Blancus l. c. n. 178: Possumus tamen salvare dictum Speculatoris, ut procedat, quotiescunque sumus in loco, in quo necesse est unum ex pluribus et certis hominem interfecisse, adeo quod certum esset delictum et certae personae, sed incertum sit de individuo, videlicet de Petro seu Titio, nam tunc existente aliquo inimico ex illis pluribus poterit iudex ab inimicitiam procedere ad torturam.

Von den Voraussetzungen der Tortur, mit denen sich der lange Titel 2 beschäftigt, wendet sich die Wormser Reformation zu dem Folterverfahren selbst, zwar weniger aus eigenem Antrieb, als weil sie hierüber bei den Italienern so umfangreiche Ausführungen vorfindet, dass sie, unselbständig wie sie ist, dieselben unmöglich übergehen kann. Was sie in Bch. 6, Th. 2, Tit. 3 und 6 über diesen Gegenstand bietet, ist denn auch wenig mehr als eine am Worte klebende Uebersetzung von Albertus Gandinus [1]).

Die angeführten Titel der Reformation sind von Schwarzenberg nur in ganz untergeordnetem Maasse berücksichtigt worden [2]); vollständig und mit beredtem Stillschweigen übergangen hat er die in Tit. 4 kurz behandelte Frage, wann ein Zeuge torquirt werden dürfe, sowie die im Tit. 5 befindliche Aufzählung einer Reihe von Personen, die, sei es durch ihren Stand, sei es durch ihr Alter von der Folter befreit sind. Die beiden letztgenannten Titel der Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2) erweisen sich wie gewöhnlich als verdeutschte Stellen von Albertus Gandinus [3]).

Wenn die Wormser Reformation ihre Sorgfalt auf der einen Seite darauf verwandte, diejenigen Thatsachen anzuführen, die den Angeklagten auf die Folter zu bringen vermögen, so unterlässt sie es auf der andern keineswegs, auch auf die Mittel hinzuweisen, durch die er dieselbe von sich abzuhalten im Stande ist — immer natürlich an der Hand der Italiener!

Der Tit. 7, der sich mit den Vertheidigungsgründen beschäftigt, ist unverkennbar ein Auszug aus Gandinus (Rub. de defens. a reis faciendis), nur für den Eingang sowie für den ersten Absatz desselben sucht man die entsprechenden Stellen vergebens in den bisherigen Gewährsmännern der Reformation. Gerade jene Stücke interessiren uns aber sehr. Die Anfangsworte des Titels schreiben dem Richter vor, dem Betheiligten auf seine Bitte Gelegenheit zur Ausführung seiner Unschuld zu geben und für die Zeit seiner Beweisführung nicht weiter gegen ihn zu handeln, dann folgt unmittelbar als erster Vertheidigungsgrund die sog. exceptio alibi. — Nicht bloss die Stellung der genannten Einrede unmittelbar hinter der Ermahnung, die Vertheidigung des Angeklagten zu hören, sondern auch die wörtlichen Anklänge [4]) an den

1) Rub. de quaest. et torm. n. 1, 2, 3, 5 u. 14.

2) Der letzte Absatz des Tit. 3, eine etwas freiere Wiedergabe von Gandinus l. c. n. 14, hat einige wenn auch unbedeutende Anklänge an C. C. B. Art. 32.

3) Albertus Gandinus l. c. n. 7 u. 8.

4) Wormser Reformation: »Das er vff die stunde der beschehenen ubelthat oder misshandlung an einem andern ort verr von dannen gewesen sy«. — C. C. B.: »Das

Art. 58 der C. C. B. lassen hier eine Benutzung der Wormser Reformation durch Schwarzenberg als ganz sicher erscheinen. Der übrige Theil des Titels 7 behandelt die Nothwehr als Entschuldigungsgrund gegen eine wegen Tödtung oder Körperverletzung erhobene Anklage.

Er gibt uns Anlass, die für unsere Quellenuntersuchung nicht unwichtige Frage zu berühren, ob die Verfasser der Wormser Reformation Albertus Gandinus direkt, oder durch ein Mittelglied, den Klagspiegel, benutzten. Schon Zöpfl [1]) hat auf die auffallende Uebereinstimmung der Wormser Reformation mit dem Klagspiegel hingewiesen; ob dieselbe aus einem unmittelbaren Einflusse des letzteren zu erklären sei, darüber hat er mit Recht keine Vermuthung aufgestellt, da damals die Entstehungszeit des Klagspiegels noch nicht feststand. Seit nun Stintzing [2]), freilich auf Grund von Thatsachen sehr zweifelhaften Werthes, gezeigt hat, dass dieselbe in das erste Viertel des 15. Jahrhunderts zu verlegen sei, musste eine Benutzung des Klagspiegels bei der Abfassung der Wormser Reformation höchst naheliegend erscheinen. Sie ist denn auch von Stintzing behauptet worden [3]). Für die Bestimmungen der Wormser Reformation in Bch. 6, Th. 2, Tit. 7 die zu den Bemerkungen des Klagspiegels [4]) auf Bl. 171 d—172 a eine unverkennbare Verwandtschaft zeigen, trifft nun Stintzings Behauptung zwar nicht zu, — die Wormser Reformation hat dieselben wie der Klagspiegel direkt dem Werke von Albertus Gandinus [5]) entnommen [6]) — sie ist aber

er vff die zeitt (als die angezogen missetat gescheen) bei leüten auch an enden oder orten gewest sey« u. s. w.

1) Archiv des C.-R. 1842. S. 323.

2) Geschichte der populären Literatur. S. 352 ff.

3) a. a. O. S. 406.

4) Ausg. von 1497 gedruckt v. Schoensperger. fol.

5) Rub. de defensionibus a reis faciendis. n. 1—3.

6) Abgesehen davon, dass die Wahl gewisser Worte auf zwei von einander unabhängige Uebersetzungen derselben Quelle hinweist, — man vergl. z. B., wie beide die Worte von Gandinus l. c. n. 2 quia uxor est socia divinae domus et humanae rei wiedergeben — ergibt sich dies aus der ganz verschiedenen Art, wie der Klagspiegel und die Wormser Reformation den Ausdruck des Gandinus (l. c. n. 3) »conjunctae personae« aufgefasst haben. Der Klagspiegel Bl. 172 a versteht darunter »gesypte freünde«, die Wormser Reformation dagegen Personen, die durch ein politisches Band vereinigt sind: »mitburger vnd vnderthanen«. Die letztere mochte sich zu dieser weiteren Auffassung wohl durch Angelus Aretinus, Gl. et dictus Titius se defend. n. 30—33 befugt halten. — Auch der letzte Absatz des Tit. 7 der Wormser Reformation, der die Zulässigkeit der Nothwehr gegen einen nächtlichen Dieb ausspricht, ist von ihr wörtlich Gandinus (l. c. n. 11) entnommen und nicht, wie Zöpfl (a. a. O. S. 324) sagt, eine Uebersetzung der l. 4 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2, allerdings liegt diese Stelle den Worten des Italieners zu Grunde. —

trotzdem vollkommen richtig und wird von uns selbst im Folgenden mehrfach bestätigt werden [1].

Vorschriften über die Nothwehr gibt die Wormser Reformation ex professo in Bch. 6, Th. 2, Tit. 19 (»von straffe der totschleger«), also da, wo sie auch in der C. C. B. ihren Platz erhalten haben. Nach den Quellen der Wormser Reformation kann man sich nicht darüber täuschen, dass die Nothwehr ihr nicht als »malefiz«, sondern als eine durchaus rechtmässige Handlung erscheint; sie wird zwar als eine spezielle exceptio gegen die Anschuldigung einer strafbaren Tödtung oder Verwundung aufgefasst, allein darin darf man nicht das Nachwirken einer urgermanischen Anschauungsweise erblicken, wie dies Zöpfl [2] thut, — nach urgermanischen Anschauungen würde man in unserer Reformation, die wir bis jetzt als Excerpt aus romanistischen Schriften kennen gelernt haben, vergeblich suchen — sondern, wenn sie die Berufung auf Nothwehr als Entschuldigung (exceptio) bezeichnet, so ist dies eben nichts Anderes als eine auch bei den Italienern geläufige Uebertragung civilprocessualischer Bezeichnungen auf das Strafverfahren.

Eine andere Nothwehr als für Leib und Leben, Hab und Gut kennt die Wormser Reformation nicht.

Endlich widmet sie der Nothwehr noch eine Bestimmung in Bch. 3, Th. 1, Tit. 28. Sie scheint mir nicht nur mit Rücksicht auf die C. C. B., sondern auch für die Dogmengeschichte überhaupt bei weitem wichtiger als die bisher angeführten zu sein; allein, weil sie sich im privatrechtlichen Theile der Reformation befindet, ist sie von den Schriftstellern, die nach einander eine Revision des Nothwehrbegriffs unternahmen [3], gänzlich übersehen worden. Sie lautet:

»Wo aber einer mit mörtlichen waffen angelauffen vnd genötiget der were nit schuldig zu erwarten des schlags. Vnd so er füglichen on sorg oder beschedigung syns lybs oder lebens nit wychen. möcht er sich vffhalten vnd beschirmen nach synem besten. doch mit masse der vnstrefflichkeit, soverr yme ymer müglich were«.

Hält man diesen Absatz der Wormser Reformation zusammen mit

1) Die Benutzung des Klagspiegels durch die Redaktoren der Wormser Reformation erstreckte sich auch auf den privatrechtlichen Theil desselben; man vergl. beispielshalber:

Klagspiegel Bl. 31 b, c mit Wormser Reformation Bch. 6, Th. 1, Tit. 14

Klagspiegel Bl. 129 a, b, c, d u. 130 a mit Wormser Reformation Bch. 6, Th. 1, Tit. 21.

2) Im Archiv des C.-R. 1842. S. 323.

3) Zöpfl, Levita, Geyer, Seeger.

der C. C. B. Art. 165, so kann man nicht mehr zweifeln, dass hier das Original vorliegt, das von Schwarzenberg durch eine Umänderung der Satzstellung und durch die, sei es nun von den Italienern, sei es von dem Klagspiegel veranlasste Hinzufügung der Worte »ere vnd guten lymats« die Gestalt erhalten hat, welche die C. C. B. aufweist [1].

Die Bemerkungen über die Nothwehr geben uns Gelegenheit, auf die übrigen allgemeinen Lehren des Strafrechts überzugehen.

Die Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 1, Tit. 22) betrachtet die Jugend bis zum zehnten Jahre, sowie die Geisteskrankheit als Strafausschliessungsgrund. Die Jungen, sagt sie, entschuldige »ir gebrechlicher rate«, den Geisteskranken »syn vnseligkeit« [2]. Hier scheint mir eine Benutzung des Klagspiegels ausser Zweifel zu sein. Er führt in dem Tit. ad leg. Cornel. de sicc. Bl. 174 d. dieselben Strafausschliessungsgründe mit den Worten an: »wann den einen (den Jungen) schirmt die vnschuld seins rats, den andern (den Wahnsinnigen) sein vnseligkeit [3]«. Unabhängig dagegen vom Klagspiegel überlässt die Wormser Reformation die Bestrafung von jungen Personen dem Ermessen des Richters, wenn derselben »bosshafftig wesen offenbar vnd so gar zu bösem gezogen were«.

Erinnerten die vorigen Bestimmungen an den Art. 205 der C. C. B., so mahnt uns die letzte lebhaft an den Art. 190. Hier wie dort tritt uns der Gedanke, dass die Bosheit das Alter fülle, in bestimmtem Ausdrucke entgegen, und wenn auch zugegeben werden muss, dass derselbe der süddeutschen Praxis keineswegs fremd war [4], so wäre hier doch eine direkte Einwirkung der Wormser Reformation auf die C. C. B. leicht denkbar.

Zwar bringen beide Gesetze das erwähnte Princip bei verschiedenen Altersstufen und in verschiedener Richtung zur Geltung. Die Wormser Reformation hält dasselbe schon bei Personen unter 10 Jahren

1) Es ist bezeichnend für die von mir behauptete Herleitung des Art. 165, dass sich gerade in ihm, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der C. C. B. zuwider, der von den Redaktoren der Wormser Reformation mit Bewusstsein festgehaltene Ausdruck »gegenwerh« findet.

2) Aus dieser Stelle erzwingt Zöpfl (Bamberger Recht S. 177 oben) die Behauptung, dass die Wormser Reformation die Jugend und Gebrechlichkeit als Milderungsgründe der Strafbarkeit aufführe.

3) Quelle des Klagspiegels ist Azos Summa (in IX. lib. Cod. Rub. ad leg. Corn. de siccariis n. 3): cum alterum innocentia consilii tueatur, alterum fati infelicitas excuset, indirect also l. 12 D. ad leg. Corn. de sicc. 48,8.

4) S. Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht S. 134; auch die norddeutschen Quellen kennen ihn recht wohl, s. John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher S. 105.

für berechtigt, die C. C. B. erst bei Unmündigen die »nahent bey vierzehen jaren weren«; in der einen wird durch »das offenbar bosshafftig wesen der Jungen« die Annahme ihrer Zurechnungsunfähigkeit beseitigt und sie selbst einer durch die Obrigkeit zu bestimmenden Strafe zugänglich gemacht, in der anderen lässt die das Alter füllende Bosheit nur den Grund der Strafmilderung wegfallen, welche der Art. 190 jungen Verbrechern unter 14 Jahren zugesteht.

Wenn aus Bch. 6, Th. 1, Tit. 22 indirekt hervorgeht, dass die Wormser Reformation das vollendete zehnte Jahr als Beginn der vollen Zurechnungsfähigkeit betrachtet, so ist dies ein Resultat, das mit der Theorie ihrer Gewährsmänner, der italienischen Juristen [1], ziemlich im Einklang steht, indem einige von ihnen die Zeit vom 7. bis 14. Jahre halbiren und den $10\frac{1}{2}$ jährigen Verbrecher für vollständig imputationsfähig erklären. Wenn sie dagegen Personen unter 10 Jahren für möglicherweise doli capaces und demgemäss für strafbar hält, so ist dies eine Annahme, die der italienischen Doktrin im Grossen und Ganzen widerstrebt, denn die herrschende Ansicht in derselben will eine unmündige Person nur dann gestraft wissen, wenn sie doli capax und pubertati proximus, also mindestens $10\frac{1}{2}$ Jahr alt ist. Indessen lässt sich die Disposition der Wormser Reformation auf die italienische Doktrin doch insofern zurückführen, als es auch in dieser eine Ansicht [2] gab, der zu Folge das Kind unter 7 Jahren (infans) als möglicherweise doli capax strafbar sein konnte. Es wird dies um so glaublicher, wenn man sieht, dass gerade eine von uns nachgewiesene Quelle der Wormser Reformation, Angelus Aretinus [3], diese Ansicht vertritt.

Während die Wormser Reformation die Frage, in wie weit die Jugend als Strafausschliessungsgrund zu betrachten sei, ziemlich entschieden beantwortet, nimmt die C. C. B. bei ihr jene zurückhaltende Stellung ein, welche sie sich in Streitfragen desshalb zum Grundsatz gemacht hat, weil sie der Entscheidung derselben in keiner Weise vorgreifen, sondern diese der fortschreitenden Wissenschaft vorbehalten will. Dass aber die italienische Doktrin, welche für den Schöpfer der C. C. B. die Wissenschaft bedeutete, in der Behandlung des jugendlichen Alters die grössten Schwankungen zeigte, haben wir bereits angedeutet. Einen allgemein anerkannten Alterstermin, an den man den

1) cf. Albertus Gandinus, Rub. de poenis reorum n. 30, Augustinus ad Angelum Aret. Gl. scienter dolose n. 6.

2) Dieselbe ging von den Canonisten aus, welche c. 1 X 5, 23 in dieser Weise verstanden, cf. Panormitanus in c. 1 X de delictis pueror.

3) Gl. scienter dolose n. 6.

Beginn der Zurechnungsfähigeit geknüpft hätte, gab es in derselben nicht, nur darüber war man einverstanden, dass das jugendliche Alter, auch wenn es die Zurechnungsfähigkeit bereits nicht mehr ausschliesse, doch immer noch als Strafmilderungsgrund wirke; der impubes insbesondere sollte nie eine Todesstrafe erleiden, sondern höchstens am Leibe gestraft werden dürfen [1]. Das ist denn auch neben dem Grundsatze, dass die Bosheit das Alter fülle, die einzige bestimmt ausgesprochene Vorschrift, welche die C. C. B. dem Richter für die Behandlung junger Verbrecher an die Hand gibt; im übrigen begnügt sie sich damit, der Jugend ohne Angabe eines Alters ganz allgemein als möglichen Grundes der Straflosigkeit, also auch der Zurechnungsunfähigkeit zu gedenken.

Die im Vorigen angedeutete ungleiche Haltung, welche die Wormser Reformation und die C. C. B. gegenüber den juristischen Streitfragen ihrer Zeit beobachten, tritt nirgends so deutlich hervor als bei den Bestimmungen beider über die verbrecherische Theilnahme. Während die C. C. B. in dieser Lehre, die sich zu ihrer Zeit eben erst feststellte, eine durchgreifende Norm nicht zu geben wagt und sich, für alle Detailfragen auf denRath der Rechtsverständigen verweisend, mit einer ganz allgemeinen Vorschrift begnügt, greift die Wormser Reformation aus der italienischen Literatur ein einzelnes Werk heraus, um sich die in ihm niedergelegten Ansichten über diesen Gegenstand ohne jede weitere Kritik anzueignen. Die Bestimmungen des wormser Gesetzbuches über die Theilnahme am Verbrechen erhielten auf diesem Wege eine Sicherheit und innere Geschlossenheit, die jeden, dem die Art ihrer Entstehung unbekannt ist, überraschen muss. Es bleibt daher immer eine auffällige Erscheinung, dass dieselben nicht früher, als es wirklich geschehen ist [2], die Aufmerksamkeit eines Bearbeiters der Dogmengeschichte zu erregen vermochten.

Wir übergehen zwei kürzere, zu unserem Gegenstande gehörige Vorschriften [3] des Bch. 6, Th. 2 und wenden uns direkt zu dem vollständigen und desshalb auch als Erklärungsmaterial für jene dienenden Tit. 19 (»von straffe der totschleger«):

1) cf. Albertus Gandinus, Rub. de poenis reorum n. 30: vnde dic, quod impuberes, quando alii decapitantur, ipsi debent ferula caedi, ut ff. ad Sil. l. 1. — Augustinus ad Angelum Aret., Gl. scienter dolose n. 12; besonders Clarus, Sentent. recept. lib. V § fin. qu. 60 n. 2.

2) Eine eingehende Beachtung schenkte ihnen erst Th. Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869. § 24 S. 128 ff.

3) Die eine befindet sich in Bch. 6, Th. 2, Tit. 14 und ist von Schütze (a. a. O. S. 136) insofern schief aufgefasst, als man bei ihr keineswegs gezwungen ist, eine

Abs. 5. Welcher einem totschleger. rat hilff bystant Zulegung oder Fürschub thete in oder zu der bösen that. vnd des durch erbar tüglich gezügen bewyst vnd vberwonden würde. oder selbs bekennete. Dem soll ein handt abgehauwen werden.

Abs. 6. So einer aber vrsach gebe des todes. mit handt anlegte. vnd hülffe einen zum tode bringen der soll als ein totschlager geurteilt vnd gestrafft werden.

Abs. 7. Weres auch das yemant nach der that so einer tot geschlagen hette. vnd in der flucht were. demselben hilff rat zulegung thete damit er entrönne vnd nit gefangen wurde. oder ime daruon hülffe. dem sol ein handt abgehauwen oder er sust nach gestalt der sach gelegenheit der Persone vnd syner misshandlung an synem lybe gestrafft werden.

Abs. 8. Wo einer den andern hiesse. oder zurichte. vnd gelt gebe yemandt todt zuschlagen vnd derselb thet solichs die söllen beid glych des todes verurteilt vnd gericht werden.

Die Angabe der Quellen, aus denen die Wormser Reformation diese Bestimmungen geschöpft hat, ist hier nothwendiger als irgendwo anders. Sie wird uns einmal zeigen, dass wir es hier nicht, wie Hälschner [1]) glaubt, mit rein deutschem Recht zu thun haben, sodann uns vor dem Fehler bewahren, den mir Schütze [2]) begangen zu haben scheint, nämlich alles Mögliche in den mitgetheilten Text hineinzutragen, was nicht hinein gehört.

Die Quelle zum Absatz 5 ist Albertus Gandinus Rub. de homicidariis eorumque poenis n. 7. Dort sagt er: Item pone, quod Titius et Sempronius commiserunt homicidium; aliqui alii fuerunt accusati, quod dederunt et praestiterunt auxilium et favorem ipsis occisoribus et de hoc per testes legitimos fuerunt convicti, quaeritur, quomodo isti dantes auxilium et favorem debeant puniri.

Wir sehen also, dass die fünfgliederige Terminologie der Wormser Reformation nichts weiter sein will, als eine casuistische Umschreibung der beiden Worte auxilium et favor; rat, hilff, bystant entsprechen dem auxilium, Zulegung und Fürschub dem favor. Wie Gandinus spricht dabei die Wormser Reformation nur von rat u. s. w. zu oder in

Ausdehnung der Strafe des Uebelthäters auf alle Helfer schlechthin anzunehmen. Die andere in Bch. 6, Th. 2, Tit. 16; sie spricht von einer qualificirten Begünstigung, dem Enthalten und Verbergen der Uebelthäter. Quelle ist unzweifelhaft der Klagspiegel Tit. Von den die die übeltheter verbergen oder herbergen Bl. 182 a.

1) Geschichte S. 75 oben.

2) a. a. O. S. 132 ff.

der bösen That und bestimmt endlich für einen solchen Gehülfen eine Leibesstrafe, das Handabhauen, zu der sie offenbar durch die ganze Argumentation des Gandinus geführt worden ist.

Derselbe (l. c.) erzählt nämlich, dass unter den doctores Bononiae über die Strafbarkeit der Gehülfen ein grosser Streit geherrscht habe, die einen hätten sich für die gleiche, die anderen für eine verschiedene Bestrafung des auxiliator und homicida ausgesprochen. Endlich post multas allegationes et altercationes habe man sich dahin geeinigt, dass der auxiliator nur halb so schwer zu bestrafen sei als der homicida. Für die Richtigkeit dieses Grundsatzes, der übrigens vom homicidium ohne weiteres auf andere Verbrechen übertragen werden dürfe, beruft sich Gandinus auf die l. is qui opem ff. de furtis (= l. 34 D. de furtis 47, 2), nach welcher der Gehülfe bei einem furtum manifestum nur mit dem duplum, nicht, wie der Thäter, mit dem quadruplum bestraft werde.

Die Oberflächlichkeit dieser Begründung vermochte die Redaktoren der Wormser Reformation nicht abzuhalten, die von Gandinus gebilligte Ansicht zu der ihrigen zu machen. Seine Anweisung Wort für Wort befolgend setzten sie für den Gehülfen des Todtschlägers als media poena die im Vergleich zur Schwertstrafe, wie ihnen schien, nur halb so schwere Strafe des Handabhauens fest. Noch mehr! Am Schlusse der eben mitgetheilten Ausführung sagt Gandinus: Wenn aber die geschehene Hülfeleistung den Grund zur Tödtung einer Person abgab, dann haftet der Gehülfe wie der Urheber [1].

Gandinus unterscheidet also eine nothwendige Beihülfe (auxilium causam dans) d. h. eine solche, ohne welche die That nicht begangen werden konnte, und eine zufällige d. h. eine Beihülfe, die zwar die Ausführung des Verbrechens förderte, deren Fehlen aber die letztere in keiner Weise verhindert haben würde. Dabei soll den nothwendigen Gehülfen die Strafe des Thäters, den zufälligen eine mildere treffen. Diese Eintheilung der Beihülfe in eine nothwendige und zufällige, die übrigens fast alle Italiener kennen [2], hat die Wormser Reformation ebenfalls angenommen: sie belegt (Abs. 6) denjenigen, der Ursach des

1) Rub. de homicidar. eorumque poenis n. 7 i. f: Si isti, qui opem dederunt homicidae, praestiterunt et dederunt causam dicti homicidii, eo casu et ipsi auxiliantes tanquam homicidae tenentur et debent puniri.

2) cf. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. et Sempronium Rodulphi n. 44 und Gl. dicto maleficio semp. ast. n. 14—17. Clarus l. c. qu. 90 n. 2. Die unbedingt gleiche Bestrafung des Urhebers und Gehülfen vertheidigen Angelus Aretinus, Gl. dicto malef. semp. ast. n. 10 und Bonifacius de Vitalinis, Rub. de insultu n. 24.

Todes gibt, mit Hand anlegt und einen zu Tode bringen hilft, mit derselben Strafe wie den Todtschläger selbst, mit der Todesstrafe [1]).

Im Anschlusse daran behandelt sie, wie auch Gandinus, die Bestrafung des Begünstigers d. h. speciell desjenigen, der einem nach der That bei der Flucht behülflich war. Sie adoptirt hier nicht nur die Auffassung, sondern auch genau die Worte des Italieners (Rub. de homicidariis eorumque poenis n. 8). Die Worte auxilium, consilium et favorem werden von ihr genau wiedergegeben mit hilff, rat und zulegung [2]), und weil Gandinus am Ende des ganzen Passus über die Begünstigung sagt: Et sic est dicendum, quod praedicti teneantur de consilio, ope et favore homicidii et quod puniantur arbitrio iudicis, cum non sit certa poena determinata, vel dic media poena homicidii, so steht die Wormser Reformation nicht an zu sagen: »dem soll ein handt abgehauwen oder sust nach gestalt der sach gelegenheit der Persone vnd syner misshandlung an synem lybe gestrafft werden«.

Wir sehen, Gandinus und mit ihm die Wormser Reformation bestraft die Begünstigung mit der gleichen Strafe wie die vor oder bei der That geleistete, zufällige Beihülfe.

Der Grund, den er dafür angibt, ist mit Beziehung auf die C. C. B. Art. 203, wie sich unten ergeben wird, nicht unwichtig. Gandinus sagt, wer einem homicida nach der That zur Flucht verhelfe, der hafte als Gehülfe zum homicidium, licet jam foret commissum, nam omnes illi actus sunt de ope et favore et ad opem pertinent. — Mit anderen Worten, die Begünstigung wird von ihm, obwohl nach der That begangen, nichtsdestoweniger als eine zur Uebung der Missethat geleistete Hülfe aufgefasst, die, weil nie delicto causam dans, auch nur die mildere Strafe der zufälligen Gehülfsschaft verdient [3]).

Endlich erwähnt die Wormser Reformation die Bestrafung des-

1) Das auxilium causam dans erklärt recht deutlich der Klagspiegel auf Bl. 126 b.: »Item wider den, der darzu geholffen hat, als so einer gehebt hat vnd der ander getödt, der gehebt hat, hat vrsach des tods geben darumb ist er schuldig dyser klage in factum in latein«.

2) Wenn man nun bedenkt, wie wenig die Ausdrücke auxilium, consilium bei den Italienern begrifflich geschieden waren, dass sie unter consilium ganz allgemein jede Art intellektueller Einwirkung auf den Thäter, die nicht mandatum ist, unter auxilium eine natürliche, den Thäter unterstützende Thätigkeit verstehen, so wird es geradezu widersinnig, wenn man, wie Schütze thut, an die übersetzten Worte der Wormser Reformation bestimmte, concise Begriffe zu knüpfen sucht. Man vergl. z. B., was Schütze unter »Zulegung« versteht.

3) Derselben Ansicht sind Bonifacius de Vitalinis, Rub. de receptat. fur. et alior. malefact n. 1—3; Angelus Aretinus, Gl. et Andraeam n. 5; Augustinus ad Angelum Aret., Gl. Dicto maleficio semper ast. n. 23. Clarus l. c. qu. 90 n. 2.

jenigen, der einen andern heisst, zurichtet, ihm Geld gibt, Jemanden zu tödten. Wir erkennen darin unschwer die auch in Gandinus' Darstellung sich anschliessende n. 9 der Rub. de homicidariis eorumque poenis [1].

Augenscheinlich im Widerspruch mit einer anderen Stelle in der Rub. de poenis reorum n. 12, kommt Gandinus hier nach langem Hin- und Herreden über die viel bestrittene Bestrafung des mandans zu dem Schlusse: Sic ergo, cum appareat, istum mandantam esse in dolo et parentem similiter vel exequentem esse in dolo, similiter ambo puniendi sunt, ... quia mandare et occidere paria sunt quantum ad finem et effectum [2]. Mit diesem Resultate begnügt sich auch die Wormser Reformation (Abs. 8); der Beisatz derselben: »vnd derselb thet solichs« weist offenbar auf n. 11 der Rub. de homicidariis eorumque poenis hin, wo Gandinus die Frage behandelt, ob der mandans auch strafbar sei, wenn die Tödtung durch den Mandatar nicht ausgeführt wurde. Diesen schwierigen Fall, bei dem Gandinus seinen höchst subtilen Unterscheidungen gemäss theils Straflosigkeit, theils eine poena extraordinaria, theils die Todesstrafe für angemessen hält, will die Wormser Reformation offenbar aus ihrer Bestimmung ausgeschieden wissen [3].

Die Richtigkeit des bisher Gesagten angenommen, normirt also die Wormser Reformation folgende Arten der Theilnahme:

1) Die Beihülfe

a) die zufällige, Abs. 5.

b) die nothwendige (auxilium causam dans delicto), Abs. 6.

2) Die Begünstigung, Abs. 7.

3) Die Anstiftung, Abs. 8.

Wenn auch nicht nachweisbar, so ist es doch sehr wahrscheinlich, dass Schwarzenberg gerade diesen Bestimmungen den Stoff zu dem bekannten Art. 203 der C. C. B. entnommen hat. Freilich steht er auch hier über seiner Quelle, denn er gibt für die Beurtheilung desselben Gegenstandes, dem die Wormser Reformation lediglich an einem einzelnen Verbrechen gerecht wird, eine allgemeine Norm. Wenn man dies mit Recht als einen Fortschritt bezeichnet, so darf man auf der anderen Seite nicht verkennen, dass dabei eine sehr bedeutsame Er-

1) Vergl. auch l. c. n. 11: Ego tibi dedi pecuniam, ut aliquem occideres.

2) Für die Bestrafung des mandans, der nach der Ansicht der meisten Italiener sogar härter bestraft werden soll als der mandatarius, vergl. noch Bonifacius de Vitalinis, Rub. de insultu n. 24, Augustinus ad Angelum Aret. Gl. et Sempronium Rodulphi n. 37, Clarus l. c. qu. 88 u. 89.

3) Anderer Meinung mit Unrecht Schütze a. a. O. S. 136.

rungenschaft der Wormser 'Reformation, die genaue Scheidung der Anstiftung von der Hülfe zu, in und nach der That (mit anderen Worten der Beihülfe und der Begünstigung), verloren gegangen ist. Geleitet durch das Streben nach einer allgemein lautenden Vorschrift über die Theilnahme am Verbrechen, hat Schwarzenberg den in der Wormser Reformation mit bewusster Schärfe hervorgehobenen Gegensatz der Ursacher und Helfer aufgegeben und die früheren Quellen geläufige Zusammenstellung aller Nichthäter wiederum in Kraft gesetzt.

Von der fünfgliedrigen Terminologie des oben mitgetheilten Abs. 5 der Wormser Reformation hat Schwarzenberg die Ausdrücke »hilff, fürschub« und »bystant« beibehalten, den »rat« und die »zulegung« dagegen mit »furderung« und »trostung« vertauscht[1]).

Das »heissen, zurichten, gelt geben« der Wormser Reformation (Abs. 8) ersetzte er mit vollem Rechte mit »vrsachen« und »vrsach geben«, da diese letzteren Bezeichnungen die anstiftende Thätigkeit sprachlich in viel allgemeinerer Weise veranschaulichen als jene[2]). Der Begünstigung ist nicht ausdrücklich gedacht, indessen würde man Unrecht thun, wollte man etwa mit Berufung auf die Worte »zu vbung einer misstat« läugnen, dass der Art. 203 dieselbe so gut wie die Beihülfe zu und in der That und die Anstiftung unter Strafe gestellt habe[3]). Die Worte »zu vbung der misstat« könnten auch in der Gesetzessprache unserer Zeit ohne grossen Zwang in dem weiteren Sinne verstanden werden, dass sie auch die Hülfe nach der That umfassten[4]). Dass sie

1) Vergl. übrigens C. C. B. Art. 48 (»furderung, rate, oder beystandt«) und Art. 153 (»enthalf, hilff, furschub vnd beystandt«).

2) Ueber die Bedeutung von »vrsachen« und »vrsach geben« im Art. 203 vergl. den Art. 49 der C. C. C. und das Freiburger Stadtrecht von 1520, Tractat V »von straff deren, so vffgelöuff vnd Conspiracion machen«, überh. Lexer, Mittelhochd. Wörterb. Bd. 2 S. 2011. Wo die C. C. B. ausser dem Art. 203 von der Anstiftung spricht, gebraucht sie wie die Wormser Reformation speziellere Ausdrücke, so »bestellen« (Art. 61), »anrichten« (Art. 128). — Im Art. 164 bedeutet »vrsach geben« nicht die Anstiftung, wie Schütze a. a. O. S. 143 u. 358 meint, sondern die Thäterschaft, wie denn das Wort »vrsacher« in den Quellen ebensooft den Thäter als den Anstifter bezeichnet; vergl. Osenbrüggen, Alaman. Strafrecht. S. 167 und in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. XVIII S. 90. Ueber den viel besprochenen »vrsacher« der Art. 152 u. 174, in dem neben Schütze (a. a. O. S. 144—45) etwa noch Hefften, Lehrbuch. 1854. S. 82 Note 1 den Anstifter erblickt, s. Luden, Abhandlungen. Bd. I. S. 442 Note 1 u. 2, Hälschner, System I. S. 342 Note 2 und die da Angeführten.

3) Dies thut Geib, Lehrbuch Bd. II. S. 340 mit einer Anzahl bei ihm angeführter Schriftsteller. Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht, die sich vorzüglich auf C. C. B. Art. 48 berufen, s. bei Geib a. a. O. und bei Schütze a. a. O. S. 140.

4) Schütze a. a. O. S. 139.

aber zur Zeit Schwarzenbergs diesen weiteren Sinn hatten, haben wir schon angedeutet. Die Wormser Reformation bestraft, wie wir sahen, die Hülfe vor, in und nach der That ganz gleich, abgesehen etwa davon, dass sie bei der Hülfe nach der That neben dem Handabhauen noch arbiträre Strafe zulässt. Der Grund dieser gleichen Bestrafung ist zwar aus ihr nicht ersichtlich, der Gewährsmann der Reformation, Albertus Gandinus, gibt denselben aber um so deutlicher an, wenn er auf die Frage, wie die Begünstiger bestraft werden sollen, sagt: dic, quod tenentur de favore et ope praestita ad ipsum homicidium, licet jam foret commissum; nam omnes illi actus sunt de ope et favore et ad opem pertinent. Nicht minder bezeichnend spricht sich Angelus Aretinus aus; nach ihm kann zu einem Verbrechen an drei Zeitpunkten Hülfe geleistet werden: einmal ante maleficium, ut praestando ferramenta ad furtum, sodann ipsi maleficio assistendo, ut habilius committatur, endlich post maleficium, utputa praestando auxilium ad evadendum [1]. Alle italienischen Criminalisten theilen diese Anschauungsweise [2].

Somit normirt auch der Art. 203 der C. C. B. alle Arten der dolosen [3] Betheiligung am Verbrechen mit Ausnahme der Thäterschaft, oder nach der heutigen technischen Ausdrucksweise: die Beihülfe, Anstiftung und Begünstigung [4].

Das Strafensystem der Wormser Reformation ist, soweit wir dies aus den wenigen Strafsatzungen derselben erkennen können, viel milder als das der Tiroliensis oder der Radolphzeller H.-G.-O.

1) Gl. dicto maleficio semper n. 13, cf. Gl. et Andraeam n. 5.

2) S. die Citate oben S. 126 Note 3; vergl. besonders auch Remi Paraphrasis cap. CLXXVII. Ausg. v. Abegg p. 195.

3) Art. 203: »wissenlicher vnd geuerdlicher weyss«.

4) Kann man, wenn man die Quellen der C. C. B. zu Rathe zieht, über den Inhalt des Art. 203 nicht lange im Zweifel sein, so wird sein Verhältniss zu Art. 177 der C. C. C. wohl immer ein Räthsel bleiben. Die fünfgliedrige Terminologie der C. C. B. Art. 203 ist nämlich bereits im Wormser Projekte Art. 184 — das Wormser Concept besitzt dieselbe noch vollständig, vergl. Güterbock S. 273 — auf eine dreigliedrige »fürderung, hilff vnd beistandt« reducirt worden und in dieser reducirten Form auch in die C. C. C. übergegangen. Glaubten nun die Redaktoren der C. C. C. durch die kürzere Bezeichnung dennoch alles zu umfassen, was die C. C. B. enthielt, oder liegt der Reduktion eine begriffliche Beschränkung des Art. 203 der C. C. B. zu Grunde? Schütze (a. a. O. S. 141 ff.) nimmt das Erstere an, ich glaube indessen nicht, dass seine Beweisführung auf Beifall Anspruch machen kann. Seine Behauptung, dass die »fürderung« der C. C. C. das »vrsach geben« der C. C. B. in sich aufgenommen habe, ist um so wunderlicher, als er kurz vorher (S. 139 oben) die »furderung« der C. C. B. als eine reine Beihülfeform erklärt hat, die den »Beistand« und die »Zulegung« der Wormser Reformation umfasse, sein Hinweis auf die Schlussklausel des Art. 177 der P. G.-O. aber so gut wie werthlos, weil sich dieselbe in gleicher Weise auch in der C. C. B. findet.

Eine gewisse Beziehung zur C. C. B. zeigt nur die Bestimmung von Bch. 6, Th. 2, Tit. 17. Nach ihr soll ein Mensch, der sich durch seine Armuth vor Geldstrafen sicher glaubt und desshalb leichtsinnig mit solchen bedrohte Verbrechen begeht, »nach gestalt vnd schwer syner misshendel vnd vberfarung an synem lybe gestrafft werden«. Aehnlich sagt die C. C. B. Art. 183, es solle der Dieb, der dem Beschädigten das duplum und dem Richter das Gewedde nicht zu zahlen vermöchte, »dester herter im kercker am lybe gestrafft werden«.

Es wäre aber mehr als gewagt, hierin einen neuen Beweis für eine Benutzung der Wormser Reformation erblicken zu wollen, denn die Verwandlung der Geldstrafe in eine Leibesstrafe war bei vermögenslosen Verbrechern nicht nur dem deutschen Rechte von den ältesten Zeiten an geläufig [1], sondern auch bei den italienischen Juristen auf Grund des römischen Rechts vollkommen anerkannt [2]. Ihnen folgend hat sie auch der Klagspiegel zum Principe erhoben [3]. Bei einer derartigen Gleichheit der Rechtsansichten, wie sie an diesem Punkte in fremden und einheimischen Quellen zu Tage tritt, bedarf die Uebereinstimmung der Wormser Reformation und der C. C. B. keines weiteren Commentars. Die Zahl der Verbrechen, welche die Wormser Reformation aufweist, ist eine geringe. Sie macht indessen auch auf Vollständigkeit keinen Anspruch und verweist zur Ausfüllung der Lücken auf »das Montrichterbuch alter Constitution, andere ordenung oder die gesetze des gemeinen Rechten«. — Von den behandelten Verbrechen, die fast alle den Stempel des fremden Rechts an sich tragen, hebe ich nur einzelne heraus.

1) Wer in seiner Behausung einen »kercker oder ander gefengknus« herrichtet und Personen darin gefangen zu halten wagt, begeht ein crimen laesae majestatis, soll aber nicht am Leben, sondern nur am Leibe gestraft werden (Bch. 6, Th. 2, Tit. 11).

Das ausdrückliche Verbot der Todesstrafe scheint auf den Klagspiegel [4] gemünzt zu sein, dem die ganze Bestimmung bis auf die Strafsatzung entnommen ist.

In demselben Tit. 11 der Wormser Reformation steht der auch in der C. C. B. Art. 17 befindliche Satz: »dan kercker oder ge-

1) Vergl. die Quellencitate bei Geib, Lehrbuch. Bd. II S. 116.

2) Albertus Gandinus, Rub. de poenis reorum n. 55: verberatur generaliter quis ubi delinquit et qui propter inopiam poenam pecuniariam luere non potest. Neben römischen Stellen beruft sich Gandinus dabei auch auf II. F. 53 § 5.

3) Bl. 147 b und 156 b.

4) Bl. 167 a. Tit. »Von den sunderlichen kerkern vnd gefencknuss«. — Quelle des Klagsp. ist Azos Summa (in IX. lib. Cod. Rub. de privat. carcerib. inhib.).

fengknus sindt durch die Rechtsetzer erfunden vnd zugelassen nit zu straffe. sonder zu verwarung der straffbaren«. Da dieser Ausspruch der Quellen (l. 8 § 9 D. de poenis 48, 19) von den Italienern unzählige Mal wiederholt wird, so kann nicht bestimmt behauptet werden, dass ihn die Wormser Reformation aus dem Klagspiegel [1]), welcher ihn selbst der Summa des Azo [2]) verdankt, geschöpft hat.

Dass die C. C. B. ihn nicht aus der Reformation, sondern aus dem Spiegel nahm, dafür bürgt mir die wörtliche Uebereinstimmung zwischen ihm und der H.-G.-O.

2) Ebenso aus dem Klagspiegel herübergenommen und wie dort als crimen laesae majestatis mit dem Schwerte bestraft ist das Verbrechen derer, die »vffrur oder copuly machen« (Bch. 6, Th. 2, Tit. 15). Ob Schwarzenberg bei dem Art. 152 der C. C. B. überhaupt eine der beiden Bestimmungen vor Augen hatte und welche, ob die des Klagspiegels oder die der Wormser Reformation, kann nicht festgestellt werden, da jener Artikel mit ihnen nur das Wort »Aufruhrmachen« und die Schwertstrafe gemein hat.

3) Der Titel 13, der das Verbrechen derer behandelt, die »Eewyber oder ander lute kinder hiwegfuren«, gibt uns von Neuem einen Beweis, dass die Wormser Reformation den Klagspiegel benutzte, und zwar im Gegensatz zu anderen einen unumstösslichen.

Der Klagspiegel sagt auf Bl. 178a (Tit. Ad legem fauiam de plagiariis. Von denen die eim sein eeweib oder kind hinfüren, verkauffen oder sunst entpfremden): »Item noch vil mer ist schuldig dieses rechten vnd dess totz der eins sun oder eim anderen freyen menschen fraw oder man. sun oder tochter von einer stat in die andern fürt oder an ander ende«.

Azos Summa [3]), die Quelle des Klagspiegels, bemerkt einfach: Multo magis ille tenetur, qui servum alienum vel quemlibet hominem liberum exportaverit de civitate in civitatem. — Die Aufzählung des Klagspiegels, die lediglich das »quemlibet liberum hominem« des Azo erklären sollte, liess wohl die Redaktoren der Wormser Reformation glauben, es handle sich hier um ein Verbrechen ähnlich der Entführung. Sie liessen daher den »man« des Klagspiegels weg, — ein Mann konnte doch nicht entführt werden! —

1) Bl. 166 b. Tit. »Wann vnd wie die verklagten oder schuldigen behüt söllen werden«.

2) In lib. IX. Cod. Rub. de custodia reorum. n. 3.

3) In lib. IX. Cod. Rub. ad legem Flaviam (Fabiam) de plagiariis. n. 1.

so dass nur noch »Eewyb, Dochter und Son« als Objekt des Verbrechens übrig blieben. Wenn nun diese Personen, wie bei der Entführung gefordert wurde, »ersams standes vnd wesens synd«, und der Raub wider den Willen des Ehemannes oder der Eltern geschah, so wird der Thäter, wie im Klagspiegel der plagiarius, mit dem Schwerte gerichtet. Durch diese Kopflosigkeit, die übrigens nicht die erste ist, die wir getroffen [1], entstand das Zwitterverbrechen des Tit. 13, dem wir weder den Namen Menschenraub noch den der Entführung geben können, da es Stücke aus dem Thatbestande beider in sich aufgenommen hat.

In dem Freiburger Stadtrechte von 1520, das die Wormser Reformation für seinen fünften Tractat benutzt [2] und unter Anderem auch den Tit. 13 aufgenommen hat [3], ist diese Absonderlichkeit beseitigt und durch die Weglassung des »Sones« der Thatbestand der Entführung in seiner Reinheit wieder hergestellt.

4) Wichtig ist mit Rücksicht auf die C. C. B. die dem fremden Rechte entlehnte Bestimmung der Wormser Reformation (Bch. 5, Th. 5, Tit. 1), dass der Mann, der die eheliche Treue bricht, die Ehesteuer sowie das zugebrachte Heirathsgut zu Gunsten seiner Frau oder ihrer Erben verwirkt haben soll und umgekehrt die Ehebrecherin die dos zu Gunsten des Mannes und seiner Erben. Wird der Ehebruch von beiden Seiten begangen, so tritt weder das Eine noch das Andere ein, denn »ein bossheit oder vbelthat vbertregt die ander«. Vergl. die C. C. B. Art. 145.

5) In Bch. 3, Th. 1, Tit. 29 gibt die Wormser Reformation in Anlehnung an den Klagspiegel [4] ein Klagformular für die condictio furtiva und fügt dann hinzu:

»Es mag auch solich clag Burgerlich fürgenommen werden mit begeren der pene. als offenbaren diebstal oder Raub vierfaltig erstattung. vmb heimlich zweyfaltig. oder pynlich so der Raub oder diebstal gross were. straffe des lybs«.

1) Solche Schnitzer dürfen nicht überraschen. In Bch. 4, Th. 3, Tit. 2 findet sich die unbegreifliche Bestimmung, dass das Testament zwei Monate nach der Errichtung zu eröffnen sei. Erst ein Rathschluss von 1510 sprach das grosse Wort aus, es müsse heissen zwei Monate nach dem Tode des Erblassers. Vergl. Stobbe, Rechtsquellen. I, 2. S. 331 Anm. 1.

2) Aber nicht weitläufig, s. schon Wächter, Gemeines R. Deutschlands. S. 38 Note 33.

3) Ausgabe von 1520 f. Tract. V. Tit. »Welcher dem andern sin eewyb oder dochter hinweg fürt«. Bl. 96b.

4) Tit. de condictione furtiva. Von vordern der gestolen hab. Bl. 86b.

Aus diesen Worten, die der Hauptsache nach nur besagen wollen, dass neben der Klage auf Rückgabe des raublich oder dieblich entwerten Gutes noch eine besondere Strafklage gegen den Dieb oder Räuber angestellt werden könne, geht für uns Zweierlei hervor, einmal, dass die Wormser Reformation die Eintheilung der Diebstähle in grosse und kleine ebensogut kennt wie die C. C. B., sodann, dass sie den kleinen Diebstahl lediglich als Privatdelikt behandelt und mit bürgerlichen Strafen belegt und nur bei dem grossen als einem öffentlichen Verbrechen eine peinliche Strafe (»straffe des lybs«) eintreten lässt. Die angeführte Stelle der Wormser Reformation ist, soviel ich weiss, der einzige legislative [1] Versuch, die römische Auffassung des furtum als eines Privatdelikts, allerdings mit Beschränkung auf den kleinen Diebstahl, in Deutschland einzubürgern. Die C. C. B. ist ihr hierin nicht gefolgt, wohl aber wird man behaupten dürfen, dass die von der Wormser Reformation für den kleinen Diebstahl adoptirte Unterscheidung des furtum manifestum und nec manifestum und die damit in Verbindung stehende Annahme der römischen Privatstrafen des duplum und quadruplum nicht ganz ohne Einfluss auf die Behandlung des kleinen Diebstahls in der C. C. B. (Art. 183 und 184) geblieben ist.

6) Endlich verdienen eine sorgfältige Betrachtung die Bestimmungen über Tödtung.

Die Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 14) verweist für den Mord, den sie in hergebrachter Weise unter den Handlungen schädlicher Leute aufführt, auf »gewonheyt vnd altherkommen der Stat« und damit unzweifelhaft auf die Radstrafe, während für den Todtschlag (a. a. O. Tit. 19) das Schwert bestimmt ist.

Wie die Tiroliensis und die Radolphzeller H.-G.-O., so lässt uns auch die Wormser Reformation gänzlich im Zweifel darüber, worin wir das unterscheidende Merkmal zwischen Mord und Todtschlag zu suchen haben. Im Titel 19 (»von straffe der totschleger«) spricht sie von demjenigen, der einen Anderen heisst, zurichtet, besticht, einen Dritten »todt zuschlagen« und droht, wenn dies geschieht, beiden die Todesstrafe; im gleichen Titel erklärt sie den- oder diejenigen, die »vorbetrechtlich des gemüts vnd meynung totzuschlagen« (cum deliberato animo necandi) einen oder

1) In der Wissenschaft machte diesen Versuch der Klagspiegel. Tit. de actione furti manifesti. Von offenlichem diebstahl Bl. 12b und Tit. furti non manifesti. Von heymlichem diebstahl Bl. 121d.

mehrere umbringen, für »schuldig des tods«, ohne an dem einen oder anderen Orte die Thäter als Mörder zu bezeichnen und demgemäss die Todesstrafe zu specialisiren, Beweis genug, dass sie das Kriterium von Mord und Todtschlag noch nicht im Handeln mit bezw. ohne Vorbedacht findet. Wenn sie (a. a. O. Tit. 19) den Ehemann, der den auf der That ertappten Ehebrecher erst nach einer »wyle«, also zu einer Zeit erschlägt, wo die Gemüthsaufregung bereits beschwichtigt ist, einen »manschlechtigen«, nicht einen Mörder nennt, so lässt dies ziemlich deutlich durchblicken, dass sie im Morde immer noch die Tödtung sieht, zu der der Getödtete keinerlei Anlass gegeben und demnach als Todtschlag auch die Entleibung betrachtet, die zwar mit voller Ueberlegung vollbracht wurde, aber z. B. eine Racheübung war, welche durch das vorherige Verhalten des Erschlagenen als eine gerechtfertigte erschien. Auf diese Weise wenigstens erklärt sich sehr leicht, warum die Wormser Reformation diejenigen nicht als Mörder bezeichnet und mit dem Rade bestraft, die cum animo deliberato necandi einen oder mehrere entleibten: die Tödtung konnte ja aus einem ehrlichen Grunde geschehen und demgemäss das ehrliche Schwert wohl angebracht sein. Damit aber auch nach der anderen Seite hin der Richter die Möglichkeit habe, eine schärfere Strafe als das Schwert eintreten zu lassen, wenn es sich erfand, dass bei einer Tödtung des Tit. 19 ein »Mord mitgelaufen war«, so wird im Eingange desselben Titels ausdrücklich gesagt: »mit dem schwert oder wie sich nach gestalt vnd gelegenheit der Persone zuthund gepürt«.

Andere Arten der Tödtung als Mord und Todtschlag nennt die Wormser Reformation nicht[1].

1) Kindsmord? Hälschner, der in seinem System II. S. 103 u. 104 die Ansicht vertritt, dass die C. C. C. für den Kindsmord eine Strafmilderung habe statuiren wollen, beruft sich dabei auf die Wormser Reformation, in der für dieses Verbrechen bereits eine mildere Strafe festgesetzt sei. Ich habe mich nun vergeblich bemüht, in der Wormser Reformation (Ausg. von 1499) eine hierauf bezügliche Stelle zu finden und auch die späteren Ausgaben zu diesem Zwecke durchsucht, unter Anderem eine bei Stobbe, Rechtsquellen. I, 2, S. 331 Note 1 nicht genannte von 1564. Die Ursache zu diesem Irrthum — denn einen solchen wage ich nach meinem resultatlosen Suchen anzunehmen — liegt wahrscheinlich in einem Citate Mittermaiers (im Archiv des C.-R. 1825. S. 11 Note 27), der zum Beweise, dass die C. C. C. nur von der seitens der Mutter am unehelichen Kinde verübten Tödtung spreche, auf »die Wormser Reformation von 1498, Ausgabe von 1530, fol. 142« verweist Nach Stobbes Angaben a. a. O. existirt eine solche Ausgabe von 1530 nicht!

Einem speziellen Falle derselben lässt sie dagegen eine recht eingehende Beachtung zu Theil werden, der Tödtung im Raufhandel (Bch. 6, Th. 2, Tit. 19). Ihre Grundsätze hierüber, die offenbar aus den Italienern geschöpft sind, lassen sich folgendermassen zusammenfassen:

I. Wird in einem zufälligen Auflauf, in dem Viele zugeschlagen haben, Jemand getödtet,

1) und weiss man nicht, durch wessen Verletzung der Tod herbeigeführt worden ist, so werden alle, die geschlagen haben, mit dem Tode bestraft;

2) kennt man aber denjenigen, durch dessen Streich der Tod des betreffenden Menschen herbeigeführt wurde, so ist derselbe allein des Todes schuldig, die anderen haften nur für den Frevel der Verwundung und des Friedbruchs.

II. Wurde aber die Schlägerei von Mehreren gegen Einen oder Mehrere absichtlich herbeigeführt, und blieben einer oder mehrere von den Angegriffenen auf dem Platze, so erleiden die »Anläufer« sämmtlich die Todesstrafe.

Soll mit diesen Bestimmungen der letzte Passus [1]) des Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 im Einklang stehen, so muss er wohl Folgendes besagen:

Wird in einem »vffrur« d. h. in einem zufälligen Raufhandel Jemand von Einem allein erschlagen, kann aber nicht bewiesen werden, wer von den mehreren Betheiligten der Todtschläger ist, gesteht auch keiner auf der Folter die That ein, so soll keiner von ihnen peinlich gestraft werden.

Dass diese Stellen der Wormser Reformation für den berüchtigten Art. 174 der C. C. B. (C. C. C. Art. 148) grossen Werth haben, ja dass sie höchst wahrscheinlich zu den Quellen desselben gehören, leuchtet auf den ersten Blick ein. Wir werden auf sie dann zurückkommen, wenn wir im Zusammenhang von den Quellen des genannten Artikels reden.

Vorstehende Ausführungen ergeben das zweifellose Resultat, dass die

1) Mutatis mutandis ist derselbe nichts Anderes als die Gl. quod fama publica praec. n. 33 des Angelus Aretinus. Dieser stellt dort die Frage, ob bei einem Morde, welcher in einem Hause mit fünf Insassen geschah, gegen diese letzteren eine Präsumption spreche, die That begangen zu haben. Angelus meint nun, allerdings spreche die Vermuthung gegen sie, und wenn auch auf dieselbe hin keiner von den fünfen mit dem Tode bestraft werden dürfe, so gebe sie doch das Recht, jene zu torquiren. Die Wormser Reformation lässt nun an die Stelle des Hauses mit seinen fünf Bewohnern einen »vffrur« mit »dry, vier, fünff leuten« treten, schliesst sich aber im Uebrigen der Entscheidung des Angelus, die doch andere Voraussetzungen hat, vollkommen an.

Wormser Reformation zu den Quellen der C. C. B. gezählt werden muss 1).

Ueber hren Quellenwerth lässt sich ein Urtheil mit gleicher Bestimmtheit nicht abgeben; sicher ist, dass derselbe leichter zu hoch als zu nieder angeschlagen wird. Wer den Quellenwerth der Wormser Reformation ohne weiteres nach der Zahl der Uebereinstimmungen bemessen wollte, die unläugbar zwischen ihr und der C. C. B. bestehen, würde denselben gewiss weit überschätzen.

Bestimmt constatiren zu können glaube ich den Einfluss der Wormser Reformation nur bei den Art. 23, 29, 39, 58, 145, 165, 190, 174, 183, 184 und 203 der C. C. B. Alle anderen Uebereinstimmungen, besonders diejenigen, auf welche wir bei der Indizienlehre aufmerksam machten, sind zu leicht auf die Thatsache zurückzuführen, dass die C. C. B. aus den gleichen Quellen schöpfte wie die Wormser Reformation, so dass man der letzteren vielfach nur das Verdienst zugestehen darf, den Verfasser der C. C. B. auf die Quellen hingewiesen zu haben, die sie selbst, wie wir sahen, mit so grosser Unselbständigkeit benutzte.

Eine genaue Vergleichung der strafrechtlichen und strafprocessualen Grundsätze des Klagspiegels mit denen der C. C. B., sowie eine möglichst eingehende Betrachtung der römisch-canonischen Doktrin der italienischen Juristen wird dies bestätigen und wird als das beste Correctiv das Wieviel des von der C. C. B. der Wormser Reformation entliehenen Rechtsstoffes wenigstens annähernd bestimmen.

§ 11. 5) Das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing.

Literatur.

Mittermaier in seiner Note zu Feuerbachs Lehrbuch. § 226.
Zoepfl, Das alte Bamberger Recht. S. 177 ff.
Derselbe im Archiv des C.-R. 1842. S. 157 ff.
Derselbe, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I. 1871. S. 186 ff., besonders S. 188, V.
Haelschner, Geschichte. S. 89 (unten).
Stobbe, Rechtsquellen. I, 1. S. 435 ff.

Ausgabe.

Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing von G. L. v. Maurer. 1839.

1) Einen äusseren Beleg für die Benutzung der Wormser Reformation durch Schwarzenberg findet Mittermaier (Das deutsche Strafverfahren. Th. 1. 1845. S. 106 Note 6) noch in dem Umstande, dass in der von Hohbach (im Archiv des C.-R. 1844. S. 234 Note 2) mitgetheilten Handschrift des Bamberger Correctoriums die Wormser Reformation beigebunden war; mit Unrecht, denn jene Handschrift, die mit der von Geib (Archiv des C.-R. 1845. S. 123) beschriebenen augenscheinlich identisch ist, enthält ja nur eine Copie des im Gerichte gebrauchten Originals (Geib a. a. O. S. 124).

Das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing ist eines derjenigen Rechtsbücher, die man zu der zwar wenig zahlreichen, aber vielfach eigenthümlichen Familie des Schwabenspiegels zu rechnen pflegt. Obgleich bloss Privatarbeit wie die deutschen Rechtsbücher überhaupt, stand es zu seiner Zeit, vorzüglich im 14. Jahrhundert, in so grossem Ansehen, dass es einen bedeutenden Einfluss nicht allein auf die Stadtrechte von Freysing, München und anderen bayerischen Städten, sondern sogar auf das Rechtsbuch Kaiser Ludwigs erhalten hat. Diesen Einfluss hat es wohl vollkommen verdient: ohne sich damit zu begnügen, einzelne Rechtssätze als Leitfaden für die praktische Anwendung hinzuwerfen, sucht es bereits in den Geist der verschiedenen Rechtsinstitute einzudringen und trägt dabei eine Casuistik vor, die für seine Zeit nicht nur reich genannt werden muss, sondern die auch von einem eifrigen Streben nach scharfer juristischer Unterscheidung und einer lebendigen Auffassung des Rechtslebens Zeugniss gibt.

Dass das Rechtsbuch praktische Gültigkeit vor den Gerichten erhielt, kann nach den Ausführungen v. Maurers [1]) nicht bezweifelt werden. Dies ist auch der Grund, warum wir ihm in unserer Untersuchung diesen Platz angewiesen haben.

Der erste, der das Rechtsbuch Ruprechts zur C. C. B. beziehw. zur C. C. C. in Beziehung brachte, war Mittermaier, indem er auf die theilweise Uebereinstimmung des Art. 148 der C. C. C. mit dem Rechtsbuche (II, c. 5) hinwies. Dies veranlasste Zöpfl, zwischen beiden eine genauere Vergleichung anzustellen, aus der er das Resultat ableitete, dass die Arbeit Ruprechts zwar von Schwarzenberg nur in sehr untergeordnetem Maasse benutzt worden, jedenfalls aber ihm nicht ganz unbekannt gewesen sei. Sind bei Zöpfl noch einige Zweifel über eine solche Benutzung zwischen den Zeilen herauszulesen, so hält sie Hälschner mit Berufung auf Zöpfl für zweifellos.

Ich glaube dieselbe rundweg ablehnen zu müssen.

Um dies zu begründen, bedarf es eines näheren Eingehens auf die von Zöpfl hervorgehobenen Bestimmungen Ruprechts, deren Aehnlichkeit mit den entsprechenden Stellen der C. C. B. eine Benutzung seines Rechtsbuchs durch Schwarzenberg zur Gewissheit erheben, oder doch sehr wahrscheinlich machen soll.

Zöpfl führt, wie er selbst sagt, mehr um der Besonderheit willen, als weil sich daraus etwas Bestimmtes folgern liesse, folgende singuläre Bestimmungen aus dem Rechtsbuche Ruprechts an:

1) Die Charakterisirung der Nothwehr als der Vertheidigung gegen

1) a. a. O. Einleitung p. LXXI.

ein Ueberlaufen mit tödtlichen Waffen, — Ruprecht II, c. 7 — insbesondere die ebenda gegebene Entscheidung, dass der Angerannte, der aus Scham vor der Flucht den Angreifer verwunde oder tödte, in rechter Nothwehr gehandelt habe. Diese Stelle [1], meint Zöpfl in einer späteren Abhandlung [2], sei das unverkennbare Vorbild der C. C. B. Art. 165 (» . . . vnd der benöttigt kan füglich on verdligkeit oder verletzung seins leybs, lebens, ere, vnd guten leymats, nit entweychen . . .«).

Nach dem, was wir über diesen Gegenstand schon bei der Wormser Reformation zu bemerken Gelegenheit hatten und nach den Ausführungen, die wir über denselben bei Besprechung des Klagspiegels noch zu geben gedenken, ist diese Annahme — ich denke, Hälschner wird mir hier beistimmen — nicht nur überflüssig, sondern ganz unrichtig, wenn wir auch Zöpfl im Uebrigen gerne zugeben wollen, dass das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing zu den ersten Arbeiten vor der C. C. B. gehört, die die Rettung der Ehre als Grund der rechten Nothwehr erklären.

2) Die Zulassung von Weibern als Zeugen beim Beweise der Nothwehr, die nur in Gegenwart von Frauen geschah (Ruprecht II, c. 7). Das bei dieser Gelegenheit von Ruprecht speciell bei der Nothwehr Gesagte habe Schwarzenberg in der C. C. B. Art. 76 allgemein, jedoch noch mit demselben Motive ausgedrückt wie dieser. — Es ist mir unbegreiflich, wie Zöpfl den Art. 76 auf Ruprecht zurückführen konnte, während doch die am Schlusse desselben stehenden Worte unzweifelhaft auf das fremde Recht als Quelle hinweisen:

»Das alles durch die verstendigen (den gemeynen Keyserlichen rechten nach) ermessen und geurteylt werden soll«.

Und in der That bedarf es nur eines Blickes auf die Italiener, um sich zu überzeugen, dass sie dasselbe fast mit denselben Ausdrücken besagen.

Wenn sie den minor XX annis und die Frau, diese allerdings nur de jure canonico [3], als testes inhabiles bezeichnen, also

1) II, c. 7: ener stet still vnnd schampt sich das er weichnn sol. diser zuckt sein swert vnnd wil jn slagenn. er sol das sein auch zuckenn vnnd sich sein wern.

2) Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr im Archiv des C.-R. 1842. S. 157.

3) De jure civili (l. 18 D. de test. 22, 5) konnten die Frauen als Zeugen auftreten, aber nach der älteren Ansicht, als deren Hauptvertreter Jacobus de Arena genannt wird, nicht in criminalibus; cf. Albertus Gandinus, Rub. de fur. et latr. n. 8, Bartolus in der Lectura in l. maritus ff. de quaestionibus

regelmässig vom Zeugnisse ausschliessen, so kennen sie doch gewisse Fälle, in denen diese Personen zur Deposition ihrer Aussagen zugelassen werden, so bei schweren Verbrechen, wie bei dem crimen laesae majestatis, sodann besonders in defectum probationis quando veritas aliter haberi non potest. Tunc — so wird allgemein erklärt — admittuntur in subsidium, ne delicta probationum defectu impunita remaneant. Endlich sollen zeugnissunfähige und verdächtige Personen allemal gehört werden, wenn es sich um einen Exculpationsbeweis handelt, nicht dass derartige Zeugen einen vollen Beweis erbrächten, sondern es bleibt dem Ermessen der Richter überlassen, inspecta personarum qualitate zu bestimmen, in wie weit ihren Aussagen Glauben geschenkt werden darf[2]. Dem Zeugnisse des minor XX annis legt die gemeine Meinung die Kraft eines indicium ad torturam bei, wenn der Richter ihn ex officio zu seiner eigenen Information, nicht ad partis instantiam vernommen hat[3].

3) Auch die Bestimmungen der C. C. B. Art. 173 hinsichtlich der Imputation des längere Zeit nach einer Verwundung eingetretenen Todes, schlössen sich, glaubt Zöpfl, mehr der Entscheidung Ruprechts (I, c. 191 und II, c. 12), als den hierüber gegebenen Dispositionen des Bamberger Stadtrechts an und seien nur eine sachgemässe Erweiterung der bei jenem schon in ihren Grundzügen angedeuteten Theorie. — Es ist unbegreiflich, wie Zöpfl aus den angegebenen Stellen Ruprechts eine derartige Behauptung ableiten konnte. Dieser sagt nämlich Folgendes: Der nach Jahr und Tag erfolgte Tod eines Menschen, der von einem anderen

(= l. 20 D. de quaest. 48, 18), Bonifacius de Vitalinis, Rub. de testibus et qui repell. n. 38. — Erst im 16. Jahrhundert kam die Ansicht, dass Frauen auch in Strafsachen ein vollgültiges Zeugniss ablegen könnten, zur allgemeinen Geltung. S. übrigens schon Angelus Aretinus, Gl. Comparuerunt dicti inquis. n. 14, vergl. Marcus Blancus, De indiciis et tortura n. 350 u. 351. Clarus, Sent. recept. lib. V, § fin. qu. 24 n. 2. Das wird wohl der hauptsächlichste Grund gewesen sein, warum der Art. 76 der C. C. B., welcher den älteren Autoritäten folgt, nicht in die C. C. C. überging. Die letztere erklärt im Art. 66 denjenigen für einen genugsamen Zeugen (testis idoneus), der unverleumdet und sonst mit keiner rechtmässigen Ursache zu verwerfen sei (nullo modo diffamatus et omni exceptione major).

2) Durantis Spec. lib. III. p. 1, de inquisit. § 1 n. 22. Additio in Durantis Spec. lib. I. p. 4, de teste § 1 n. 34. — Angelus Aretinus, Gl. et dictus Titius se defend. n. 18 erleichtert den Nothwehrbeweis ausdrücklich durch Zulassung des Bruders des Beklagten als Zeugen; cf. Clarus l. c. n. 19 u. 20.

3) Angelus Aretinus, Gl. comparuerunt dicti inquis. n. 13, Franciscus Brunus, De indiciis et tortura P. I. qu. 2 n. 17, Marcus Blancus l. c. n. 349.

verwundet wurde, soll dem letzteren dann zugerechnet und dieser desshalb als Todtschläger gerichtet werden, wenn der Verwundete oder dessen Erben innerhalb des Jahres Klage erhoben; beweist aber der Verletzer selbsiebent, dass er mit dem Verwundeten inzwischen wieder Freund geworden, dieser somit an die Anstellung einer Klage nicht gedacht habe, so ist er weder den Erben noch dem Richter etwas schuldig.

Man sieht deutlich, die Causalität zwischen der Verwundung und dem nach Jahr und Tag erfolgten Tode ist nicht Grund, sondern Voraussetzung für Ruprechts Entscheidung, diese entbehrt also jeder inneren Beziehung zum Art. 173 der C. C. B. und müsste für den Beweis der Verwandtschaft von Ruprechts Rechtsbuch und der C. C. B. als werthlos gelten, auch wenn der Art. 173 nicht selbst deutlich genug auf seine Quelle, die italienische Doktrin, hinwiese, welche die Frage nach der Zurechnung des einige Zeit nach einer Verwundung eingetretenen Todes mit grosser Ausführlichkeit und reicher Casuistik behandelt hat. Die Italiener stellen in dieser Frage das Princip an die Spitze, dass sich der Richter von Sachverständigen leiten lassen müsse, suchen dabei aber doch in äusserlicher Weise Zeiträume zu fixiren und daran Vermuthungen für oder gegen die Causalität von Verwundung und Tod zu knüpfen. Das ist wohl der Grund, warum die C. C. B. besonders Bestimmtheit darüber verlangt, »wie lang der gestorben nach den streychen gelebt habe«. Im Anschluss vorzüglich an das aquilische Gesetz erörtern sie dann die Frage, inwieweit Jemand für eine Verletzung hafte, deren Causalnexus mit dem nachträglichen Tode durch die Nachlässigkeit des Arztes, durch eine hinzugetretene Krankheit oder durch das eigene Betragen des Verwundeten unterbrochen worden war. Desshalb legt auch Schwarzenberg grosses Gewicht auf solche Zeugen, die wissen, »wie sich der gestorben nach der schlacht gehalten hab«. Wer die Gl. ex intervallo dictus Titius von Angelus Aretinus, die Rub. de homicidariis eorumque poenis n. 24 ff. des Albertus Gandinus, endlich etwa den dem Odofredus zugeschriebenen kleinen Tractatus de percussionibus [1] gelesen hat, wird nicht zweifelhaft sein können, dass dies die Schriften sind, auf die Schwarzenberg indirekt verweist, wenn er

1) Im Volumen praeclarissimum omnium tractatuum criminalium per Bapt. Zilettum Venetum in lucem proditum. Venet. 1570. 4. f. 87; vergl. auch noch Bonifacius de Vitalinis, Rub. de insultu et percussione.

den Schöffen befiehlt, in den zum Art. 173 gehörigen Fragen bei den Rechtsverständiger Raths zu pflegen.

Wenn Zöpfl die bereits angeführten Stellen von Ruprecht weniger betont, so legt er um so grösseres Gewicht auf das Rechtsbuch II, c. 5 und 6. Dasselbe behandelt da die von uns schon einmal berührte Tödtung im Raufhandel.

1) Wenn in einem Wirthshause zwei oder mehrere Personen beim Zechen in einen Streit gerathen, der den Tod einer derselben zur Folge hat, so soll beim Vorhandensein einer einzigen tödtlichen Wunde, nur einer die Todesstrafe erleiden, der nämlich, von dem erwiesen wird, dass er sie beigebracht, die anderen bezahlen bloss eine Busse wegen Theilnahme an der Rauferei; kann aber ein derartiger Beweis nicht geführt werden, so müssen alle Betheiligten »in der Schuld bleiben« (II, c. 5).

2) Bekennt sich nach einer Rauferei von vier oder mehr Leuten, in der Jemand umkam, einer von den Theilnehmern, welcher sich indess bereits geflüchtet hat, des Todtschlags schuldig, so werden dadurch die anderen nicht ledig, denn sie können jenen mit Geld zum Geständnisse bewogen haben; um der Todtschlagsstrafe ledig zu werden und bloss die Busse bezahlen zu dürfen, müssen sie mit Leuten, die zugesehen haben, beweisen, dass jener eine den Todtschlag wirklich verübt hat (II, c. 6).

3) »Vnd wirt ein man erslagnn vnnd hat er mer wunden dann aine. vnd ist ir tzwen oder mer dy auf jn geslagen habenn oder gestochnn. vnnd dy nicht wissen welicher den todslag vnntter jn gethan hat«, dann werden alle Theilnehmer als Todtschläger bestraft (II, c. 6 Schluss).

Ruprecht von Freysing unterscheidet also allerdings zwei Fälle: einmal den, wo man bei dem Vorhandensein einer tödtlichen Wunde den Thäter nicht ermitteln kann, sodann den, wo mehrere von den Raufern zugefügte Wunden den Tod herbeiführten; dass diese mehreren Wunden alle tödtlich sein müssen, wie Zöpfl angibt, sagt Ruprecht nicht, er hat zwar wahrscheinlich auch an diesen Fall gedacht, will aber zugleich die andere hier mögliche Modalität treffen, dass die Gesammtheit der Wunden den Tod herbeiführte. Schwarzenberg weicht also dadurch von Ruprecht ab, dass er im Art. 174 der C. C. B. zur Verhängung der Todesstrafe über alle Theilnehmer ganz deutlich lauter tödtliche Wunden verlangt. Ruprechts Disposition kommt vielmehr ganz genau mit einer in der Wormser Reformation (Bch. 6,

Th. 2, Tit. 19) enthaltenen, von uns bereits berührten Bestimmung überein, die so lautet:

»So in einem vfflauff das nit vorbetrechtlich oder vffsetzlich geschehe dry vier fünffe oder mee zusammen schlügen. vnd einer vnder denselben lyblos wurde vnd hetten vil vff ine geschlagen vnd wisste man nit, welcher ime die tot wunde gehauwen oder gestochen. alle die denselben ertöten geschlagen hetten weren schuldig des tods«.

Selbst also, wenn meine Auffassung von dem Art. 174 der C. C. B. und von Ruprecht (II, c. 5 und 6) ganz unrichtig wäre, so wären die letzteren Stellen, auf die man so grosses Gewicht legte zum Beweise, dass Schwarzenberg das Rechtsbuch Ruprechts gekannt habe, desshalb völlig untauglich, weil die in ihnen enthaltene Entscheidung sich genau auch in der Wormser Reformation findet.

Zöpfl hat den mitgetheilten Passus der Wormser Reformation unbegreiflicher Weise ganz übersehen, ebenso Abegg[1]), der die Wormser Reformation nur durch das Mittel des Zöpfl'schen Buches kennen gelernt zu haben scheint.

Wenn wir nach diesen Resultaten die Quelleneigenschaft des Rechtsbuches Ruprechts von Freysing noch aufrecht halten wollten, so müssten wir mindestens einen annehmbaren Beweis dafür haben, dass Schwarzenberg dasselbe wirklich besessen hat.

Zu einem solchen Beweis fehlt in der That aber jegliche Grundlage, wir müssten uns denn auf das grosse Ansehen und eine dem entsprechende Verbreitung berufen wollen, die das Rechtsbuch, den Handschriften nach zu urtheilen[2]), noch in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts besass. Allein waren die Autorität und der Gebrauch des Schwabenspiegels etwa geringer? Warum dann nicht auch den Schwabenspiegel oder Kaiser Ludwigs Rechtsbuch, das zur Zeit Schwarzenbergs wirklich noch gebraucht wurde, unter die Quellen der C. C. B. ziehen? An Anklängen wie bei Ruprecht fehlt es doch wahrhaftig nicht![3])

Ich zweifle keinen Augenblick, dass das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing als Quelle von Schwarzenbergs Gesetzbuch aufgegeben werden muss.

1) Im Archiv des C.-R. 1857. S. 207.

2) S. v. Maurer, Einleitung p. XL.

3) Vergl. Osenbrüggen in der Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung. Jahrgang VIII. No. 91, S. 368.

Zweiter Theil.

Die Wissenschaft.

Erster Abschnitt.

Die populäre Literatur des römisch-canonischen Rechts.

§ 12. 1) Der Klagspiegel.

Literatur.

Malblank, Geschichte der P. G.-O. S. 109 ff.
Rosshirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts. I. S. 230 ff.
Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprocesses. S. 148.
Zoepfl im Archiv des C.-R. 1842. S. 317.
Koestlin, Geschichte des deutschen Strafrechts. S. 197.
Haelschner, Geschichte des brandenb.-preuss. Strafrechts. S. 90.
Osenbrueggen in der Allgem. Oesterreich. Gerichtszeitung, Jahrg. VIII. 1857. No. 91. S. 368.
Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I. S. 286.
Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland. S. 337 ff, S. 386 ff. besonders S. 400.

Ausgabe.

Clag antwurt vnd aussgesprochne vrteyl gezogen auss geystlichen vnd weltlichen rechten. dadurch sich eyn yeder er sey clager. antwurter oder richter vor vnrechter that. handlung vnd fürnemen hüten mag. Augsburg. Schönsperger. 1497.

Eine tiefergehende Betrachtung der Receptionsgeschichte hat es schon längst erkannt, dass die auf die Reception des römischen Rechts dringende Bewegung, welche von oben, von den Fürsten und Gelehrten ausging, einen entscheidenden Einfluss auf den Gang des grossen historischen Processes erst dadurch gewann, dass ihr von den niederen Klassen der Gesellschaft aus eine homogene Strömung entgegen kam, deren Ziel es war, die Wissenschaft der doctores auf das praktische Leben anzuwenden, ihr beim Volke Eingang zu verschaffen und so die von den Gelehrten verkündete und in thesi anerkannte Gültigkeit des römischen Rechts zu einer realen, unwiderruflichen Thatsache zu machen.

Die Träger dieser Strömung waren die Halbgelehrten. Ihr Heer, damals zahlreicher als je, setzte sich zusammen aus Schreibern, besonders Stadtschreibern, Notarien, Secretarien, Advocaten, Procuratoren, und Urtheilern an Untergerichten.

Allen diesen Aemtern blieben die doctores fern, weniger, weil ihre beschränkte Zahl zur Besetzung derselben doch nicht hingereicht hätte, als weil sie sich, durch die Vorzüge ihrer Stellung verwöhnt, für derartige Funktionen zu vornehm dünkten, weil sie für das kleine bürgerliche Rechtsleben, für eine Hebung der niederen Rechtspflege keinen Sinn hatten.

Die Klasse der Halbgelehrten war somit der einzige Kanal, durch den die Gelehrsamkeit der wissenschaftlichen Juristen, freilich oft genug durch plumpe Hände getrübt und verunreint, den unteren Schichten des Volkes, sowie den Untergerichten zuströmte, um sich da allen Gegenwirkungen zum Trotz für immer festzusetzen.

Die für die Halbgelehrten bestimmte, von Stintzing sogenannte populäre Literatur, durch deren treffliche Schilderung dieser Gelehrte den Beweis für das eben Gesagte geliefert hat, beschäftigt sich fast ausschliesslich mit dem fremden Rechte. Ohne einen wissenschaftlichen Charakter oder eine systematische Behandlung des Stoffes anzustreben, will sie nur lehren, erklären, reproduciren und musste desshalb allen denen willkommen sein, die den Weg zu den breitgearbeiteten und schwerverständlichen Commentaren der italienischen Rechtsgelehrten zu finden wünschten, ferner denjenigen, die denselben trotz jahrelangen Studiums nie gefunden und die Universität mit halbem Wissen verlassen hatten, endlich solchen, die akademische Studien weder hinter sich hatten, noch zu beginnen beabsichtigten, aber sich doch für das nächste praktische Bedürfniss mit dem fremden Rechte bekannt machen wollten [1].

Alle diese Umstände machen es von vornherein wahrscheinlich, dass die populäre Literatur des römisch-canonischen Rechts nicht ohne Einfluss auf die Arbeit Schwarzenbergs geblieben ist: auch er konnte, wenn auch durch seine Genialität viele Gelehrte seiner Zeit überragend, auf den Titel eines geschulten Juristen keinen Anspruch machen, war ihm doch durch den Mangel genügender Kenntnisse in der lateinischen Sprache der unmittelbare Zutritt zu den wissenschaftlichen Bearbeitungen des römischen Rechts und den Quellen desselben verschlossen;

1) Vergl. Stintzing a. a. O. Einleitung S. XXXVII u. XXXVIII. Moddermann, Die Reception des R. Rs., übersetzt v. K. Schulz. S. 47 u. 48.

auch er huldigte mit seinen Uebersetzungen des Cicero, allerdings auf dem ethischen Gebiete, derselben Tendenz, welche die Schriftsteller der populären Literatur auf dem juristischen verfolgten.

Diese Erwägungen hätten früher, als es geschehen ist, auf eine Quelle aufmerksam machen sollen, deren Einfluss wir schon bei einem bedeutenden Vorläufer der C. C. B. zu bemerken Gelegenheit hatten, den Klagspiegel. Die Reichhaltigkeit, mit der er in seinem zweiten Tractate den Strafprocess und das Strafrecht behandelt, der sichtbare Einfluss, den er auf die Gesetzgebung des 15. Jahrhunderts, so die Wormser Reformation, ausgeübt hat, müssen ihm bei einer Untersuchung über die Quellen der C. C. B. weitaus den Vorzug vor anderen vorschwarzenbergischen Arbeiten ähnlicher Art geben, in denen das Strafrecht entweder nur einen ganz beschränkten Platz fand, wie in den Formelbüchern und Rhetoriken [1]), oder in denen es mit Theologie und Moral zu sehr durchsetzt war, wie in den Summen.

Den ersten, welche dem Klagspiel eine allerdings zweifelhafte Aufmerksamkeit schenkten, Malblank und Biener, scheint die doch ziemlich frappante Aehnlichkeit, die mehrere Stellen desselben mit entsprechenden der C. C. B. besitzen, gänzlich entgangen zu sein. Rosshirt [2]) glaubte eine Beziehung zwischen beiden wegen der abweichenden Uebersetzung der l. 2. C. de seditiosis 9,30 in Abrede stellen zu müssen. [3]) Derjenige, der auf Grund einer detaillirten Untersuchung eine nahe Verwandtschaft des Klagspiegels und der C. C. B. nicht nur behauptete, sondern auch nachwies, war Zöpfl.

Wenn auch der eingewurzelte Irrthum, dass Brant der Verfasser des Klagspiegels sei, einen nachtheiligen Einfluss auf Zöpfls Ausführungen ausübte, so blieb doch, nachdem jener Irrthum durch zwei nichtjuristische Schriftsteller, Adrian [4]) und Zarncke [5]), beseitigt worden

1) Am meisten Strafrechtliches enthält der Spiegel der wahren Rhetorik von F. Riederer (über ihn Stobbe, Rechtsquellen Bd. I, 2. S. 160 ff. und Stintzing a. a. O. S. 327 ff.). Ob Schwarzenberg denselben gekannt hat, wie Rosshirt a. a. O. S. 229 (vergl. auch Malblank S. 99 ff.) anzunehmen scheint, bleibt ungewiss. Einige schwache Anklänge an die C. C. B. hat Riederers Spiegel (Ausgabe: Augsburg. Steyner. 1535 fol.) nur auf Bl. 16b und 17a, b (Von voltern oder peinlich fragen).

2) a. a. O. S. 232 (unten).

3) Vergl. Klagspiegel Bl. 181c Tit. de seditiosis et his qui plebem audent contra rempublicam colligere und die C. C. B. art. 152. Von einer Uebersetzung der angegebenen Quellenstelle kann weder bei dem einen noch bei der anderen gesprochen werden.

4) Zeitschrift für Civilrecht und Process N. F. Bd. I 1845. S. 425 ff.

5) S. Brants Narrenschrift S. 171 Anmerkung.

war, die Stellung des Klagspiegels unter den Quellen der C. C. B. unerschüttert, um so mehr, als später Hälschner und in neuerer Zeit Stintzing Zöpfls Ausführungen wenn auch mit kleinen Berichtigungen und Ergänzungen beitraten. Bevor wir auf die strafprocessualen und strafrechtlichen Lehren des Klagspiegels, soweit dies für unseren Zweck nöthig ist, eingehen, haben wir uns vorübergehend mit seinen Quellen zu beschäftigen. Schon bei der Wormser Reformation sahen wir, wie wichtig die Angabe der Quellen war, um darüber einigermaassen sicher zu gehen, ob die C. C. B. aus ihr, oder mit ihr aus dritten Quellen (dem Klagspiegel und den Schriften der italienischen Juristen) geschöpft habe. Bei dem Klagspiegel haben wir eine derartige Controle noch viel dringender nöthig.

Zum Theil zutreffende, zum Theil nicht zutreffende Angaben über die Quellen des Klagspiegels hat schon Hälschner gemacht. Es ist richtig, dass der Klagspiegel aus Roffredus, Durantis und Gandinus, unrichtig dagegen, dass er aus Guido de Suzaria[1]) und Odofredus geschöpft, ganz irrig, dass er sein Strafrecht den Institutionen, Digesten und dem Codex entnommen hat.

Eine ausführlichere und genauere Behandlung widmet den Quellen des Klagspiegels Stintzing, allein die wichtigste Quelle des zweiten Tractats ist auch von ihm, obwohl nicht übersehen, doch sicherlich nicht genügend gewürdigt worden; es ist dies die oben schon mehrfach erwähnte Summa des Azo[2]).

Dass der Klagspiegler gerade diesen Schriftsteller zur Hauptquelle seines zweiten Tractats gemacht hat, zeugt wohl ebensosehr von dem richtig urtheilenden Blicke, mit dem er seine Gewährsmänner auszuwählen verstand, als von dem Ruhme, welchen die Werke des epochemachenden Glossators[3]) noch lange nach dessen Tode beizubehalten wussten.

Eine Uebersetzung von Azos Summa zum 9. Buch des Codex

1) Die Arbeit Guidos de Suzaria de ordine maleficiorum, von der ein einzelnes Kapitel de tormentis sive de quaestionibus als selbständige Schrift herausgegeben und oft gedruckt worden ist, ist nach Bieners Vermuthung nichts Anderes als eine erste, nachher veränderte Ausgabe des Werkes von Albertus Gandinus. Vergl. Savigny, Geschichte des R. Rs. Bd. 5 1850. S. 396. Anm. 6. — Nach Panzirol Lib. II. C. 47 hat Albertus Gandinus hauptsächlich aus Guido de Suzaria und Odofredus geschöpft.

2) Ich benutzte eine Ausgabe von 1610 Venet. apud Societ. Minimam fol.

3) Ueber ihn und seine Werke Savigny, Geschichte des R.Rs. Bd. V 1850. S. 1 ff., besonders S. 27 ff. und v. Bethmann-Hollweg, Geschichte des gemeinen Civilprocesses Bd. 6 Abth. 1. S. 10 ff.

bildet das Fundament des zweiten Tractats des Klagspiegels, das der Verfasser des letzteren mit Hülfe der Schriften von Roffredus, Durantis und Gandinus vollends ausgebaut hat.

Die Art wie der Klagspiegler gearbeitet hat, lässt sich genau verfolgen. Azos Summa zum 9. Buch des Codex beginnt mit einer dogmatischen Bearbeitung der zwei ersten Titel des Codex lib. IX. de his, qui accusare non possunt und de accusationibus et inscriptionibus. Es sind dies die einzigen processualen Titel des ganzen 9. Buchs und überdies von Azo dem Charakter einer Summa entsprechend ziemlich knapp behandelt. Die kurzen Ausführungen, die Azo im Anschluss an sie über den Accusationsprocess gibt, konnten dem Klagspiegler um so weniger genügen, als ihm mehrere Werke zu Gebote standen, die nicht nur das Verfahren per accusationem ausführlich besprachen, sondern auch das Verfahren per inquisitionem, denunciationem und exceptionem in erschöpfender Weise behandelten, Dinge, die in dem Werke von Azo aus naheliegenden Gründen keine Berücksichtigung gefunden hatten. Der Klagspiegel beginnt also allerdings wie Azo mit einer Beschreibung des accusatorischen Verfahrens, hält sich aber dabei nicht an das Werk Azos, sondern entnimmt sie, sowie das gesammte processuale Material (Bl. 145b—166a) des zweiten Tractats den libelli de jure pontificio P. VII.[1]) des schon im ersten Tractate weitläufig benutzten Roffredus, dem Speculum judiciale von Durantis beziehungsweise den Additionen zu demselben von Johannes Andreae, endlich dem Tractatus de maleficiis von Albertus Gandinus [2]).

Erst nach beendigter Darstellung der verschiedenen Processformen kehrt der Klagspiegler zu Azo zurück. Mit dem Titel de custodia reorum beginnend folgt er der Darstellung des Glossators bis zum Schlusstitel des 9. Buches de sententiam passis et restitutis, so jedoch, dass er einzelne Titel nur theilweise wiedergibt, einige andere, die ihm für

1) Siehe darüber Savigny a. a. O. S. 199 ff. Ich benutzte eine Ausgabe von 1561 Lugduni apud Haeredes Jacobi Juntae fol.

2) Stintzings Ausführungen (a. a. O. S. 389 ff.) überheben mich der Mühe dies im Einzelnen nachzuweisen, nur das möchte ich denselben noch hinzufügen, dass die diesem Schriftsteller (s. S. 396) unbekannte Quelle die der Klagspiegel bei seiner Erörterung über die Wirkung der Acht neben Roffredus und Gandinus benutzt hat, die lange Additio zu Durantis Spec. lib. IV. p. 1 de constitutionibus n. 11 von Johannes Andreae ist. Dort finden sich nicht nur die Citate aus der heiligen Schrift, aus Gratian und Thomas v. Aquino, sondern dort steht auch ganz deutlich Mart. de Fano und Jacobus de Arec. Letzteres ist ein sehr häufig vorkommender Druckfehler für Arena (Vergl. Savigny, Geschichte. Bd. 5. S. 407 Note f). In der Frankfurter Ausgabe des Durantis von 1612 tritt er constant auf. Unrichtig also Stintzing. S. 351.

seine Arbeit bedeutungslos scheinen, überspringt, wieder andere endlich, die seiner Ansicht nach zu knapp gehalten sind, durch Auszüge aus Albertus Gandinus ergänzt [1].

Das Gesagte lässt sich durch folgende Uebersicht veranschaulichen:

Klagspiegel	T. Wann v. wie . . .	Bl. 166 a—167 a	=Azo	t. 4 de cust. reor.	
-	T. V. sund. kerk. . .	- 167 a—167 b	= -	t. 5 de priv. carc.	
-	T. Wo der verkl. . .	- 167 b—167 c	= -	t. 6 si reus vel accus.	
-	T. Wölicher dem . .	- 167 c [2])	= -	t. 7 si quis imperatori.	
-	T. V. der übelth. . .	- 167 d—168 b [3])	= -	t. 8 ad l. Jul. majest.	

1) Auf Blatt 190 d ist sogar eine im Auszug wiedergegebene Rubrik de observantia statutorum aus dem Werke des Albertus Gandinus eingeschoben.

2) Es sei mir gestattet, hier kurz auf einige von Stintzing S. 357 aufgestellte Behauptungen betreffs der Entstehungszeit des Klagspiegels einzugehen. Stintzing verlegt dieselbe in das erste Viertel des 15. Jahrhunderts und glaubt für diese Zeit in den Worten des Klagspiegels (Tit. Wölicher dem keyser übelspreche) »Nym war sprech einer der keiser wär vntreü oder rotfuchs oder desgleychen«, einen Beleg gefunden zu haben: die Epitheta der Treulosigkeit und Rothhaarigkeit träfen, meint er, merkwürdigerweise bei Kaiser Sigismund zu, und ihr Gebrauch bezeichne die Stimmung, welche dieser Kaiser durch sein gewaltthätiges und hinterlistiges Verfahren gegen die Ungarn und seinen Bruder Wenzel in Deutschland hervorgerufen. Stintzing verbindet damit noch das dem Roffredus entnommene Anklageformular des Titels Von der übelthat lese majestatis, das der Klagspiegel, wie er glaubt, nicht ohne Absicht verändert hat. — Stintzings ganze Conjectur fällt über einer Stelle von Azo zusammen. Jene Worte »Nym war« u. s. w. sind nämlich nichts Anderes als die Uebersetzung einer Stelle von Azo, die sich in dem im Texte angeführten Titel si quis imperatori maledixerit befindet: »et certe si quis imperatorem dixerit perfidum, atrocem, rufum vel quid simile profundit«, haben also mit dem Kaiser Sigismund nicht das Geringste zu schaffen. Auch die anderen Bemerkungen des Klagspiegels, auf die sich Stintzing zur Bestimmung von dessen Entstehungszeit beruft, entscheiden im Ganzen recht wenig. Der Klagspiegel sei jedenfalls vor Erfindung der Buchdruckerkunst ausgearbeitet worden, denn der Verfasser kenne nur geschriebene Bücher. Das ist wohl richtig, nur darf man zum Beweis des Letzteren nicht das auf Blatt 53 b befindliche Libell der actio quanti minoris anführen, worin es heisst: »oder ein buch das ist falsch im text oder ist abgeschaben«, Worte, die bei gedruckten und papierenen Büchern keinen Sinn hätten, denn dieselben finden sich bereits bei Roffredus (Ordo judiciarius p. I. de actione quanti min. n. 2) »vel librum, qui est corruptus in textu, vel codicillatus, seu cancellatus, vel abrasus«, sind also lediglich übersetzt aus einem Schriftsteller, der allerdings von der Buchdruckerkunst keine Ahnung hatte. Den einzigen einigermaassen zuverlässigen Fingerzeig für das Alter des Klagspiegels gibt uns vorläufig immer noch die Thatsache, auf die vor Stintzing bereits Adrian (a. a. O. S. 433 N. 11.) und Stobbe (Rechtsquellen I, 2. S. 169. Anm. 18) hingewiesen haben, dass nämlich in demselben ein »Bischof Johann von Mentz« erwähnt wird. Dieser Umstand weist allerdings, wie Stintzing gezeigt hat, für die Entstehungszeit des Klagspiegels auf das Ende des 14. oder den Anfang des 15. Jahrhunderts hin.

3) Das Anklageformular Blatt 168 b ist aus Roffredus lib. super jure pontificio P. VII. sup. crim. l. majest. lib. pag. 658.

Klagspiegel T.	V. dem eebrech.	Bl. 168b—171a[1]	=	Azo t 9 ad l. Jul. de adult.
-	- V. gemeiner vnd	- 171b—171c	=	- t.12 ad l. Jul. de vi.
		- 171c—173b[2]	=	Gandinus R. de defension. n. 1—14.
		- 173b—173d	=	Gandinus R. de bonis malef. n. 3, 4, 7, 8.
-	- V. rauben . . .	- 173d—174a	=	Azo t.13 de raptu virg. s. vid.
-	- V. der straffe . .	- 174a—174b	=	- t. 15 de emend. propinquorum.
-	- V. manschlacht .	- 174a—175a	=	Azo t. 16 ad leg. Cornel. de sic.
		- 175a—175d	=	Gandinus R. de homicid. n. 12[3], 13, 29.
		- 176a—176d	=	Gandinus R. de poenis n. 1, 21, 26, 27.
-	- V. denen die . .	- 176d—177b	=	Azo t. 17 de his qui parentes.
-	- V. den zauberern	- 177b—177c	=	- t. 18 de malef. et math.
-	- V. denen die . .	- 177d—178a	=	- t. 19 de sepulc. viol.
-	- V. denen die eim	- 178a	=	- t. 20 ad leg. Fab. de plag.
-	- V. falscherey . .	- 178a—179b	=	- t. 22 ad leg. Corn. de fals.
-	- V. falscher müntz	- 179b—179c	=	- t. 24 de fals. moneta.
-	- V. d. verwandlung	- 179d	=	- t. 25 de mutat. nom.
-	- V. d. geitzigen .	- 179d	=	- t. 26 ad leg. Jul. de amb.
-	- So der richter . .	- 180a—180d	=	- t. 27 ad leg. Jul. repet.
-	- V. den die	- 180d—181b	=	- t. 28 de crim. pecul.
-	- Wo geweicht hab	- 181b—181c	=	- t. 29 de crim. sacrileg.
-	- V. denen die . .	- 181c	=	- t. 30 de seditiosis.
-	- Wo einer von . .	- 181c—181d	=	- t. 32 de crim. exp. hered.
-	- De crim. stell. .	- 181d—182a	=	- t. 34 de crim. stell.
-	- V. den die die . .	- 182a—182b	=	- t. 39 de his qui lat.
-	- Wenn v. wie die	- 182b—182d	=	- t. 40 de requir. reis.
-	- Wenn v. wie der	- 182d—183b[4]	=	- t 41 de quaestionibus.
		- 183d—184b	=	Gandinus R. de quaest. n. 16, 17, 20, 26.
-	- In welicher zeit .	- 184b—184c	=	Azo t. 44 ut intra cert. temp.
-	- Wie d. verklager.	- 184c—185b	=	- t. 45 ad SC. Turpill.

1) Das Anklageformular ist aus Roffredus l. c. super crim. adult. p. 659. Bl. 171a ist wohl direkt den Quellen (Novella 117 c. 9 § 5 und c. 14) entnommen.

2) Eigene Auslassungen des Klagspiegels auf Bl. 172a. Wer ist der auf Bl. 172b citirte »doctor jacobus«? Bei Gandinus R. de defens. n. 5 wird dem do. Jac. entgegengestellt der do. Odof.; darnach möchte man vermuthen, jener Jacobus sei Jacobus Balduini, der Lehrer des Odofredus (s. Savigny, Geschichte Bd. 5. 1850. S. 106), allein die bei Gandinus erwähnte Controverse ist älter. Die Lectura des Azo zu l. 6 Cod. ad leg. Jul. de vi, wo dem Jacobus ein Jo(annes), wahrscheinlich Joannes Bassianus (s. Savigny a. a. O. Bd. 4. S. 291), gegenübersteht, weist auf Jacobus den Glossator hin (Ueber ihn Savigny a. a. O. Bd. 4. S. 141 ff.).

3) Dort wird der Parmenser Fall und die Ansicht des Albertus Papiensis referirt.

4) Bl. 183c ist wohl compilirt aus Gandinus R. de quaest. n. 39, R. de praes. et ind. indub. n. 12 und R. de praes. et indic. dub. n. 20, 28.

Klagspiegel T. Wie der calumn.	Bl. 185b—185d	=	Azo t. 46 de calumniat.
- - V. den penen . .	- 185d	=	- t. 47 de poenis n. 1.
	- 185d—186c	=	Gandinus R. de poenis n. 2-7.
	- 186c—186d	=	- R. utrum possit.
	- 186d—187a	=	Azo l. c. n. 14, 16.
	- 187a—188c	=	Gandinus R. de transact. n. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22.
	- 188c—188d	=	Gandinus R. de poenis n. 37.
	- 188d—189a	=	Gandinus R. de homicid. n. 24, 25, 26.
	- 189a—189c	=	Gandinus R. de transact. n. 18.
	- 189c—190b	=	Gandinus R. de aliqu. quaest. n. 18, 19, 20, 14.
	- 190b—190d	=	Gandinus R. de bonis malef. n. 12[1], 14, 16.
- - Etlich frag die .	- 191a—192a	=	Gandinus R. de observ. statut. n. 12, 13, 14, 16, 18.
- - V. den die yn . .	- 192a—192b	=	Azo t. 50 de bonis eorum.
- - V. denen die von	- 192b—192d	=	- t. 51 de sententiam passis et restitutis.

Es wird nun keiner Erklärung mehr bedürfen, warum wir, was schon Geib bemerkt und nach ihm Stintzing wiederholt hat, im zweiten Tractate des Klagspiegels die Reihenfolge der Titel 4—51 des Codex Justin. l. IX. mit Auslassung von Tit. 10, 11, 14, 21, 23, 31, 33, 35—38, 42, 43, 48, 49 antreffen, freilich ist dieser Umstand nicht dadurch zu erklären, dass der Klagspiegel sich direkt an den Codex gehalten und aus ihm bez. den Pandekten den Inhalt eines grossen Theils seines zweiten Tractats geschöpft hätte, sondern dadurch, dass er seinen Gewährsmann Azo copirt hat. Der Klagspiegler hat überhaupt, wie dies seine Zeit mit sich brachte, in den allerwenigsten Fällen die Quellen selbst consultirt[2], was Hälschner verleitet durch die Schlussworte des zweiten Tractats angenommen hat, auch die vielen Schriftsteller, die derselbe citirt, wie Martinus de Fano, Albertus Papiensis, Rolandinus, Odofredus, Guido de Suzaria, Jacobus de Arena und die Glosse hat er keineswegs eingesehen, sie sind alle, wie auch die auf Bl. 158a angezogenen Bibelstellen, in den von ihm benutzten Schriften enthalten.

Azos Summa ist auch im ersten Tractat mehrfach benutzt. Der Titel de lege Aquilia (Summa ad Cod. lib. III. pag. 228) ist beispiels-

1) Dort steht deutlich Rolan. de Ro., woraus der Klagspiegel Bl. 190d Colandinus gemacht hat. Vergl. Stintzing S. 390.

2) Dass er dies gethan, habe ich nur an zwei Orten bemerkt, Bl. 171a und 124b. An letzterer Stelle theilt der Klagspiegel den Rechtsfall der l. 52 § 1 D. ad leg. Aquil. in extenso mit, offenbar nach vorgängiger Einsicht der Stelle, da derselbe bei Azo (Sum. ad Cod. lib. III. de leg. Aquil.) wenig mehr als angedeutet ist.

weise das Stintzing (S. 399) unbekannte Muster, nach dem der Klagspiegler den Titel Wider den der dir schaden thut (Bl. 124 a ff.) gearbeitet hat. Dort findet sich nicht nur das famose Beispiel von dem »Balbirer« und »Schützen«, welches von dem Klagspiegel in die C. C. B. übergegangen ist, sondern auch das Beispiel der l. 52 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 von dem »tauerner« mit der Laterne, das Zöpfl irriger Weise für einen zwischen Basel und Strassburg geschehenen Rechtsfall gehalten hat [1].

Nach dieser Quellenangabe dürfte sich unsere Aufgabe mit Erfolg in Angriff nehmen lassen. Für die Darstellung des Strafprocesses, der, wie ich schon erwähnte, Roffredus' libelli de jure pontificio P. VII. zu Grunde liegen und die mit dem Titel de purgatione, zugleich dem Ende des Roffredischen Werkes, ihren Abschluss findet, gibt der Klagspiegel gleich in den Anfangsworten des zweiten Tractats Bl. 145 b, c die Disposition an; er will zeigen:

> »Am ersten wie man vmb die sünde verklagen soll. auch wie vnd wann der richter von ampts wegen vmb die missethat erfarn vnd die sünd straffen müg. vnd wie man dem richter die sünd verkünden mag das er die straff in latein denunciare. vnd wie offt die sünd in exception weyse opponiert müg werden. vnd sich einer damit mag wören«.

Die Disposition ist also bestimmt durch die Formen des Strafprocesses, die das canonische Recht theils überkommen, theils nach einander ausgebildet hat, nämlich die accusatio, inquisitio, denunciatio, exceptio.

1) Den ersten Titel, der sich mit den Personen, die entweder nicht anklagen oder nicht angeklagt werden können, sowie mit dem Begriff der accusatio beschäftigen, enthalten nichts Bemerkenswerthes, oder

1) Nach dieser eingehenden Quellenangabe darf wohl mit Bestimmtheit behauptet werden, dass Stintzing den Klagspiegel weit überschätzt hat, wenn er ihm S. 405 das Verdienst zuspricht, nicht eine blosse Uebertragung italienischer Jurisprudenz, sondern eine selbständige Bearbeitung derselben für das deutsche Bedürfniss zu sein. Ich bin weit entfernt, über den Klagspiegel so absprechend zu urtheilen, wie es Malblank, Biener und auch Eichhorn (Stobbe, Rechtsquellen I, 2, S. 170. Anm. 20) gethan haben, allein, was wenigstens den zweiten Tractat betrifft, so glaube ich nachgewiesen zu haben, dass derselbe nichts Anderes ist, als eine keineswegs gleichmässig gelungene Zusammenstellung von übersetzten Auszügen aus einer beschränkten Anzahl italienischer Juristen (Roffredus, Durantis, Johannes Andreae, Azo und Gandinus). Nur eine ganz verschwindend kleine Anzahl von Ausführungen ist dem Klagspiegler eigenthümlich, und diese Ausführungen, wie holprig und unbeholfen sind sie nicht, von einer übergrossen Derbheit gar nicht zu sprechen!

wenigstens Nichts, auf das wir nicht schon bei Behandlung der Wormser Reformation hingewiesen hätten. Dagegen verdienen die sechs »bewerten regeln«, deren Quelle mir unbekannt geblieben ist, unsere volle Aufmerksamkeit.

Diese sechs Regeln enthalten fast ebensoviele bedeutende Principien, bedeutend nicht nur desshalb, weil einige von ihnen zu den Grundlagen jeder Strafprocessordnung gehören, sondern auch, weil sie von Schwarzenberg in seine Gesetzgebung aufgenommen, ja nachdrücklich betont worden sind. Sie gehören zugleich zu den Hauptsätzen der italienischen Process-Schriften und werden auch von denselben bei jeder Gelegenheit eingeschärft. Schwarzenberg brauchte sie also nicht erst dem Klagspiegel zu entnehmen, wenn auch der Wortlaut der C. C. B. es nicht selten glaublich macht, dass er die Ausdrucksweise des Klagspiegels sich anzueignen nicht verschmähte.

»Die erst regel spricht das mitt grossem fleyss sol die verhorung geschehen wo man von des menschen heyl oder vnheyl oder schadenn verhört vnd erkennt. wann wo an grosser schad leyt do soll man fürsichtigklicher vmbgeen. de elec. vbi periculum li. VI. Nun ist es offenbare das grosser schad vnd sorgfeltikeyt ist in einer kleinen verklagung dann in einer gar grossen klag vmb habe. ff. de pe. in seruorum«.

Die Regel ist auf den ersten Blick undeutlich. Zu ihrer Erklärung muss man sich daran erinnern, dass die Worte »verklagen« und »klagen« für den Klagspiegel etwas Verschiedenes bedeuten. In der Einleitung zum zweiten Tractat Bl. 145 c sagt er: »Das wort verklagen nym ich so einer ein vmb sein sünd vnd übelthat für nymbt. vnd bit den richter das er denselben straff. Aber das wort klagen ist so einer vmb habe klagt vor dem richter«. Der Unterschied von »klagen« und »verklagen« ist also kein geringerer als der zwischen einer bürgerlichen und einer Strafklage. Nun ist obige Regel vollkommen klar: sie sagt, offenbar sei der mögliche Schaden grösser und desshalb auch Vorsicht um so nothwendiger bei einer Strafklage als bei einer noch so bedeutenden bürgerlichen Klage. Schwarzenberg hat mehrmals dieselbe Idee nur in viel verständlicherer Weise zum Ausdrucke gebracht, so im Art. 13 der C. C. B.: »Wann zu solichen grossen sachen des menschen gesuntheit, leben vnd blut betreffende, Sunder grosser vleiss gehoret«, ferner im Art. 175: »Wann zu grossen sachen (als zwischen dem gemeynen nutz vnd des menschen blut zurichten) grosser ernsthafftiger fleyss gehört vnd ankert sol werden«.

»Die ander regel gebeüt, daz der richter in urteyln der verklagung

vor nit geben soll daz streng vrteyl zu dem tod über keinen. er sey dann vor auss seinem eygen bekennen oder gewisser zeügknuss der zeügen überwunden. oder aber in der verklagten sünd also begriffen das ers nit laugnen müg«. Verbinden wir damit »die dritt regel das auss argwon verdencken presumptionibus in latein keiner vmb verklagunge verdampt soll werden«, so haben wir, von der auf die handhafte That bezüglichen Bemerkung abgesehen, den Art. 29 der C. C. B. und damit die Ueberzeugung, dass jener Artikel seinem Inhalte nach lange vor der C.C.B. in Deutschland bekannt war und wohl auch angewandt wurde [1].

Die Reinheit des Grundsatzes, dass nur auf Geständniss oder genügenden Zeugenbeweis hin Verurtheilung erfolgen könne, trübt der Klagspiegel nur insofern, als er dieselbe ausser bei der handhaften That noch beim Vorliegen eines »ungestümmen Argwohns« (praesumptio violenta) zulässt.

Die vierte Regel — wie oft wiederkehrend bei den Italienern! — wiederholt den Inhalt der zweiten und dritten in allgemeinerer Form, »wann«, sagt sie, »es ist heyliger das der schuldig absolviert werd. dan daz der schuldig verdampt werd. ff. de pe. absentem § 1«. Dieser Satz der Quellen (l. 5 D. de poenis 48, 19), dem wir im Klagspiegel oftmals begegnen, findet sich auch in der C. C. B. Art. 13: »vnd ist besser den schuldigen ledig zulassen dann den vnschuldigen zum tode zuuerdampnen«.

Die beiden anderen Regeln beziehen sich auf den Beweis durch Zeugen.

Die eine sagt, es könne ein Verbrechen nur durch Zeugen bewiesen werden, »die darbey gewesen sind vnd das gesehen haben. vnd die solichs sagen auf jr rechte warheyt das die sünd geschehen sey«; ebenso verlangt Schwarzenberg Zeugen, die »von einem waren wissen« und nicht bloss »von frembden hören« aussagen (C. C. B. Art. 77 und 78).

Die andere will nur Leute »eynes gutten wandels vnd eynes gutten leümutz« zum Zeugnisse zulassen, denn wenn dies schon im bürgerlichen Processe erfordert werde, um wie viel mehr im Strafverfahren. »Item die zeugen sollen vnuerleumat lewt . . . sein«, sagt die C. C. B. Art. 76.

1) Dass die C. C. B. im Art. 29 nicht, wie der Klagspiegel, von »zeugknuss« sondern von »beweysung« spricht, wird Niemand stossen, der den Sprachgebrauch der C. C. B. kennt. Positiv ausgedrückt bedeutet bei ihr »beweysung« die Aussage zweier tauglicher, unverdächtiger Zeugen. — Quelle des Art. 29 ist der Klagspiegel nicht, die Wormser Reformation steht hier der C. C. B. näher. S. oben S. 110.

Aus dem Titel »Wie in der verklagung procediert soll werden« verdienen hervorgehoben zu werden die Vorschriften über die Verbürgung des Klägers und des Angeklagten.

Nach Uebergabe des Klaglibells an den Richter soll nämlich der Beklagte dem letzteren einen Bürgen dafür stellen, dass er »biss an das ende im rechten bleiben« (judicio sisti) und sich einem verurtheilenden Erkenntnisse ohne Weigerung unterziehen wolle, während der Kläger neben der sog. inscriptio in poenam talionis die gleiche Sicherheit dafür gibt, dass er »die verklagung zum end bringen« werde — das Alles unter der Voraussetzung, dass das in Frage stehende Verbrechen ein solches ist, bei welchem Bürgschaft zulässig erscheint. Ist dasselbe aber ein capitales (eine »hauptsünd«), so soll jede Caution zurückgewiesen und der Beklagte mit dem Kläger, jedoch der eine vom anderen gesondert, gefänglich eingelegt werden.

Eben diese Grundsätze finden wir in der C. C. B. Art. 18—22, allein dieselben sind auch dem mittleren deutschen Rechte [1], insbesondere dem Bamberger Stadtrechte [2] sehr wohl bekannt, so dass an eine Herübernahme dieser Vorschriften aus dem Klagspiegel nicht zu denken ist [3].

1) Vergl. Sachsenspiegel I. a. 61 § 1. Walter, Rechtsgeschichte Bd. 2. S. 430 und Zöpfl, Rechtsgeschichte Bd. III. 1872. S. 422. Vergl. auch den Layenspiegel 3. Th. Tit. »Von rechtfertigung vnd verklagen der übelthäter«. Ed. 1511. Bl. 195b.

2) Der Kläger verbürgte zu strengen Rechten mit zwei Genannten (Zöpfl, Bamberger R. Anh. V n. II). Konnte er diese Bürgschaft nicht stellen, so wurde er selbst so lange ins Gefängniss gelegt, bis er die Klage ausgeführt hatte. Vergl. Zöpfl a. a. O. Anh. IV. n. 1. S. auch oben S. 30.

3) Unmittelbar nach den im Texte wieder gegebenen Bemerkungen sagt der Klagspiegel Bl. 154b: »Item wie oben stat soll geschehen. so der verklager vnd der verklagt bürgen entpfollen werden das ist das sy bürgen geben haben. wo aber der verklager in gefencknuss gehalten wirt. so solt auch procediert werden dann das er für den richter gefürt soll werden. solichs wirt vorauss in teütschen landen nit gehalten. darumb will ichs nit setzen«. Stintzing verwendet S. 393, 394 auf die Erklärung dieser unbeholfenen Stelle eine längere Erörterung, die mir indessen verfehlt zu sein scheint. Welche Bewandtniss es mit dieser Stelle hat, ergibt sich sofort, wenn man die Quelle des Titels »Wie in der verklagung procediert soll werden« einsieht. Dieselbe ist nämlich nicht, wie Stintzing annimmt, Roffredus, sondern Durantis, Specul. l. III. p. 1 de accusat. § 1 Qualiter. Dort heisst es nun n. 29:

Praemissa autem procedunt, cum crimen tale est, quod accusans et accusatus fideiussoribus committatur: ut supra dixi. Si vero in carcere detinetur: tunc eadem serva, praeterquam quia liberi debent coram judice comparere, nec enim vinculati, sed extra carcerem ducti causam dicent. In servo tamen contra.

Vergleichen wir nun diesen Passus mit dem Wortlaut des Klagspiegels, so ist

Von den Folgen der contumacia accusati normirt der Klagspiegel mit besonderer Sorgfalt die annotatio bonorum (Bl. 155d und 156a). Sie geschieht durch den Landrichter oder Amtmann und einen Schreiber. Die Annotatio beeinträchtigt den Beschuldigten keineswegs: er kann innerhalb eines Jahres von dem Datum des Briefes an, der ihm dieselbe verkündet, alle seine Habe durch sein Erscheinen vor Gericht wieder »erkobern«. Kommt er nicht im Laufe dieses Jahres, so wird seine Habe confiscirt, ihm selbst aber die Vertheidigung immer noch offen gelassen. Hat der Fiscus die annotirten Güter innerhalb zwanzig Jahren nicht an sich genommen, so kann er sie von den Kindern oder Verwandten des Ungehorsamen wegen vollendeter Ersitzung nicht mehr abverlangen.

Auch Schwarzenberg widmet der Annotation der Güter des flüchtigen Uebelthäters bekanntlich eine ziemlich eingehende Besprechung (C. C. B. Art. 265, 266), allein, weil er die von dem Klagspiegel aufgestellten Grundsätze als gültig voraussetzt, hält er es nicht für nöthig, dieselben zu wiederholen und beschränkt sich daher auf die Angabe einiger bei der Annotation selbst nöthiger Maassregeln.

2) Schon auf Bl. 154c macht der Klagspiegel die Bemerkung, dass häufig Verbrechen geschähen, für die keine Ankläger aufträten, und dass alsdann der Richter die Pflicht habe, von Amtswegen Nachforschung zu halten. Das Verfahren, das auf Bl. 154c mit diesen Worten angekündigt ist, das inquisitorische, das »Procedieren von Amtswegen«, wird auf Bl. 159b ff. so einlässlich erläutert und begründet, wie es vor dem Klagspiegel wohl in keinem deutschen Rechtsbuche geschah.

Gleich zu Anfang Bl. 158c und d macht der Klagspiegel auf das verschiedene Anwendungsgebiet der inquisitio im geistlichen und weltlichen Rechte aufmerksam: während sie nach dem ersteren unter gewissen Voraussetzungen bei jedem wichtigeren Verbrechen eintreten darf, hat sie nach dem weltlichen Rechte nur bei einer Reihe ganz bestimmter Fälle (casus) Statt[1].

klar, dass wir es bei dem letzteren, was durchaus nicht auffällig ist (Stintzing, S. 350), mit einer verstümmelten Stelle zu thun haben. Ursprünglich mag dieselbe wohl so gelautet haben: »dann das der freie für den richter gefürt soll werden. solichs wirt vorauss.«; die letzten Worte wollen demnach keineswegs sagen, dass die Verhaftung des Anklägers in Deutschland etwas Ungebräuchliches sei, sondern nur, dass man da den Unterschied von Freien und Sklaven nicht kenne und desshalb die angegebene Vorschrift für deutsche Verhältnisse unpraktisch sei. —

1) Dahin ist das, was Stintzing S. 397 sagt, zu berichtigen.

Das Haupterforderniss, für den Eintritt der Inquisition ist nach dem geistlichen und weltlichen Rechte das Vorhandensein des »lymuts« (infamia), der indessen nur dann berücksichtigt wird, wenn er mehrmals zu den Ohren des Richters gelangt ist und seinen Ursprung von »fürsichtigen vnd frommen lewten«, nicht von »veinden, bösen swetzern vnd verleymuten« gehabt hat. Vergl. C. C. B. Art. 10 u. 32.

3) Was der Klagspiegel von dem Gang des Verfahrens per inquisitionem, von dem exceptionsweisen Vorbringen der Verbrechen und von der Purgation sagt, ist nicht geeignet, unsere Aufmerksamkeit weiter in Anspruch zu nehmen, die Art und Weise aber, wie er sich auf Blatt 165 b, c über die notorischen Verbrechen auslässt, fordert dieselbe um so energischer heraus, nicht desshalb, weil sich dort, wie bereits Rosshirt [1]) bemerkte, die Unterscheidung von General- und Specialinquisition findet, sondern weil jener Passus [2]) schon wörtlichen Uebereinstimmungen zufolge Bedeutendes zur Entstehung des in unserer Abhandlung mehrfach berührten Art. 23 der C. C. B. (Art. 16 C. C. C.) beigetragen hat.

In kurzer Fassung enthält derselbe die Hauptsätze, welche die italienische Jurisprudenz auf Grund des canonischen Rechts [3]) über das crimen notorium aufgestellt hat, voran den Grundsatz, dass die Notorietät — manifesta accusatione non indigent! — zu einem Verfahren von Amtswegen berechtige, dass die grössere Formlosigkeit, die dem

1) Rosshirt, Geschichte und System des d. Strafrechts. Th. I. S. 232.

2) Er bildet den Schluss des Titels »Wie offt die malefitz vnd übelthat in exception weyss fürbracht vnd opponiert mag werden vnd wöliche ursprung vnd krafft die übelthat also fürbracht hab« und lautet:

»Item du solt wissen, das in offenlichen vnd glaubern übelthaten ist nit not das verklagung geschehe. oder exceptio. auch dürffen die zeügen nit verhört werden oder ander beweysung. extra de accu. evidentia. yedoch soll dannocht ein rechtlich ordnung eyns teyls darinn gehalten werden. extra de jurejurando. ad nostram. 3. wann der schuldig reus sol geladen werden. vnd soll im die that fürgehalten werden ist daz er kompt vnd soll macht haben sich im rechten zu wören in seyner gegenwertikeyt. oder so er nach der verkündung vngehorsamlich auss bleybt. soll daz vrteyl geben werden arg. extra de accu. qualiter 2 § deb. 2. q. 1. manifesta. anders das vrteyl in offenbaren thaten is krafftloss. Item gemenigklich wirt in welschen landen also procediert wann daz malefitz offenlich fürbracht wirdt vnd geschehen ist. alsbald erforst der richter in ein gemein nit wider ein in sunderheyt vnd so er solichs erfaren gethan hat so leth er dye im bennent sind in den erfarn. vnd dieselben zwingt er daz sy die warheyt sagen vnd mügen sy sich beschirmen. gebürt sich auss natürlichem vnd beschriben rechten«. u. s. w.

3) Vergl. vorzüglich c. 8. 10 X. 3, 2 de cohabit. clericorum und c. 24 de verb. significat.

letztern von Rechtswegen gestattet sei, nicht so weit gehe, die Citation entbehrlich zu machen, dass endlich das als notorisch Festgestellte keines Beweises mehr bedürfe, aber doch eine Vertheidigung von Seiten des Inquisiten wohl vertrage.

Für den Begriff des notorium bez. für die Arten, in denen dasselbe auftrete, verweist der Klagspiegel seine Leser auf Durantis [1]) und damit auf eine ausserordentlich künstliche Theorie, die nur zu deutlich auf die Scholastik als ihre Mutter zurückweist. Den Grund zu derselben hat das canonische Recht gelegt: als notorisch bezeichnet dasselbe bekanntlich dasjenige, was so offenbar sei, dass es ohne Chicane nicht geläugnet werden könne, eine Definition also, die auf die Angabe objectiver Merkmale verzichtend die Frage, was im einzelnen Falle offenkundig sei, lediglich vom richterlichen Ermessen abhängen lässt [2]). An dieser Thatsache vermochte die italienische Jurisprudenz, auf die das canonische Recht die genannte Auffassung vererbt hatte, nicht das Mindeste zu ändern; zwar machte sie namhafte Anstrengungen, das notorium gegen die evidentia facti, fama, communis opinio abzugrenzen, an Eintheilungen, durch die der Begriff desselben genauer fixirt werden sollte, liess sie es nicht fehlen, allein mit ihrer ganzen Casuistik kam sie über das richterliche Ermessen nicht viel hinaus.

Im scharfen Gegensatze zur canonischen Doctrin waren im deutschen Rechte die Fälle der Notorietät objektiv bestimmt: notorisch waren ihm die Thatsachen, welche mit dem Eide nicht geläugnet werden durften; ausgeschlossen aber wurden die Eide der Partheien immer durch das eigene Wissen des Gerichts. Als offenkundig galt demnach

einmal Alles, was früher vor Gericht geschehen war,

sodann das, was leiblich bewiesen, d. h. dem Gerichte zu unmittelbarer Sinneswahrnehmung vorgelegt werden konnte oder schon vorlag.

Seinen wirksamsten Ausdruck fand dieser letztere Grundsatz — die Bedeutung des erstern liegt mehr auf dem Gebiet des Civilprocesses — in dem Verfahren bei handhafter That. Wenn der Kläger den Thäter mit Geschrei verfolgte und dadurch die Gerichtsinsassen sammt dem Richter zu Gerichte lud, wenn er ihn ergriff und mit aufgebundener Handhaft und unter Wiederholung des Gerüftes in die Gerichtsver-

1) Specul. lib. III. p. 1 de not. criminibus; vergl. noch Albertus Gandinus Rub. quomodo de maleficio cognosc. quando crim. not. est und Angelus Aretinus Gl. etiam per modum notorii.

2) Vergl. Wetzell, System des Civilprocesses. 2. Aufl. S. 159.

sammlung führte, so war dadurch die That selbst vor die Schranken gebracht oder, wie Planck sagt, ins Gericht verlängert, so dass sie der Versammlung unmittelbar vor Augen lag. Freilich musste der Kläger, um die Verurtheilung des Thäters zu erlangen, denselben noch übersiebnen, allein an dem Charakter der handhaften That als einer Art leiblicher Beweisung ändert dies Nichts, denn einmal war dieser Eid in vielen Fällen gar nicht nöthig, sodann der aushelfende Schwur gerade des Klägers etwas rein Zufälliges [1].

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergibt sich zwischen der canonischen Doctrin und dem deutschen Rechte folgende Parallele: Notorisch ist nach der erstern, was der Richter im einzelnen Falle für so offenbar hält, dass es ohne Chicane nicht in Abrede gestellt werden kann; wo dies zutrifft, soll weder Ankläger, noch förmliches Verfahren, noch Beweis erforderlich sein. Offenkundig nach dem zweiten ist, was mit dem Eide nicht geläugnet werden darf, dem Grunde nach jede Thatsache, von der das Gericht eigene Wissenschaft hatte: was dasselbe früher gehört oder gesehen hat, was ihm jetzt unmittelbar zur Sinneswahrnehmung vorgewiesen wird, wie bei der handhaften That das Verbrechen, das bedarf grundsätzlich keines Beweises mehr, darauf gründet es ohne Anstand sein Urtheil. Bei der Frage, nach welcher Seite hin ein Anschluss wohl am thunlichsten sein möchte, wird sich Schwarzenberg vor Allem davon überzeugt haben, dass der Begriff des crimen notorium für sein Gesetzbuch unmöglich zu verwerthen sei. Hatte derselbe einmal unter dem Namen der »unzweiffenlichen Missetat« in der C. C. B. Platz genommen, so musste consequenter Weise die Bestimmung, welche Thatsachen im einzelnen Falle als unzweifelhaft zu betrachten seien, den Gerichten überlassen bleiben. Waren aber sogar die Italiener einig darüber, dass eine solche Feststellung ihre grossen Schwierigkeiten zu haben pflege, bezeugten sie schon, dass in der Praxis Vieles als notorisch angesehen werde, was davon weit entfernt sei [2], wie hätte Schwarzenberg von seinen Schöffen, »gemeinen Personen, die der recht nicht gelernet oder geübt« hatten, in dieser Frage eine bessere Einsicht verlangen dürfen?

Durch einen Anschluss an das einheimische Recht fiel dieser Mangel von selbst weg, denn dieses besass fest abgegränzte Fälle der

1) Vergl. die Abhandlung Plancks in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 10. S. 224 ff.

2) Vergl. Jul. Clarus Sentent. recept lib. V. § fin. qu. 9. n. 1: Nam ut dicit gloss. unica in c. manifesta 2 qu. 1 quotidie de notorio loquimur et quid sit notorium ignoramus. — L. c. n. 5: Multa enim dicuntur notoria, quae non sunt. Diese und ähnliche Aeusserungen finden sich bei den meisten Juristen.

Offenkundigkeit, Fälle, deren gemeinsamer Grund und verbindendes Merkmal das die Eide der Partheien ausschliessende Gerichtszeugniss war. Schwarzenberg hob aus ihnen denjenigen hervor, der, wie wir zeigten, als Prototyp der leiblichen Beweisung angesehen werden darf, die handhafte That. Er hat zwar, den Begriff der wahren That strenger fassend, diese Bezeichnung nur der Thatsache beigelegt, dass Jemand bei dem Verbrechen selbst ergriffen wird, und den zweiten, wo der Beklagte, unter dem die gestohlene Sache gefunden wurde, weder einen Geweren angeben noch darthun kann, dass er sie unverhohlen gehalten, äusserlich als einen eigenartigen behandelt. Wer indessen den Sachsenspiegel kennt, weiss, dass diese Scheidung nur eine äusserliche ist, und dass dieser ebenso wie zahlreiche andere Quellen auch den zweiten Fall unter den Begriff der handhaften That stellt [1].

Dass das Charakteristische der »öffenlichen unzweiffenlichen Missetat« wirklich in dem die Eide der Partheien oder, wie man mit Rücksicht auf die C. C. B. [2] allgemeiner sagen muss, in dem das Läugnen des Beklagten [3] und den Beweis des Klägers ausschliesenden Zeugnisse des Gerichtes liegt, der Begriff derselben also ein deutschrechtlicher ist, darauf weist der Art. 23 selbst in unzweideutiger Weise hin. Am Schlusse desselben wird die »unzweiffenliche Missetat« verglichen mit der »unzweiffenlichen bekenntlichenn schuld«, und mit der Thatsache, dass bei dieser dem Kläger schleunig zum Rechte verholfen werde, die summarische Procedur bei jener gerechtfertigt. Ueber das Wesen der »bekenntlichen Schuld« gibt uns nun das Bamberger Stadtrecht [4] den umfassendsten Aufschluss.

Bekannt nennt es die Schuld, die vor dem Stadtgerichte zugestanden ist. Der Vortheil, den dieselbe dem Gläubiger gewährte, bestand wesentlich darin, dass sie weder vom Schuldner durch den Eid, noch von dessen Erben durch die Betheuerung ihres Nichtwissens oder Nicht-

1) Sachsenspiegel II. a. 35. Vergl. G. E. Albrecht de probationibus secund. jus Germanicum med. aev. adumbratio Pars prior Regiom. 1825. p. 34 und besonders p. 41 ff. und Planck a. a. O. S. 226. Note 51.

2) Schwarzenberg hat von den Partheieneiden nur noch den Reinigungseid beibehalten dadurch, dass er in Art. 172 die Landgerichtsordnung von 1503 als ein noch vollkommen gültiges Gesetz anerkennt. Dies wird in der Regel übersehen, so z. B. von Biener, Abhdlgn. aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte. Heft II. S. 156.

3) Daher heisst es im Art. 23 der C. C. B.: »Und so der tetter die offen vnzweyffenlichen vbeltat freuenlich widersprechen wölt«.

4) Zöpfl Bamberger Recht. S. 219 und 220 und Urkundenbuch §§ 11, 15, 16, 17, 238, 239, 244, 254 u. Tit. XIV.

glaubens in Abrede gestellt werden konnte, vielmehr durch die vom Gericht angefertigte Urkunde oder auch die Aussage eines Schöffen als vollständig erwiesen galt und desshalb auch sofortige Execution (durch gerichtliche Pfändung) ermöglichte. Schwarzenberg durfte also mit vollem Rechte die »unzweiffenliche Missetat« mit der »bekenntlichen Schuld« vergleichen. Die schnelle Gewährung der Rechtshilfe bei der einen, das beschleunigte Strafverfahren bei der andern haben als gemeinsamen Grund das mit dem Partheieneide unverträgliche eigene Wissen des Gerichts.

Leider ist die Auffassung der »öffenlichen unzweiffenlichen Missetat«, wie wir sie im Vorigen zu entwickeln versuchten, in ihrer Einheitlichkeit von Schwarzenberg selbst gestört worden. Ganz auf dem Standpunkte des canonischen Rechts steht er nämlich, wenn er als »unzweiffenlich« den Fall bezeichnet, dass »einer on rechtmessig vnd gedrungen vrsach ein offenlicher mutwilliger veinhdt oder beschediger ist«.

Von der sachlichen Erklärung dieses Satzes, die sich unten von selbst ergeben wird, abgesehen, ist klar, dass sich die Notorietät der angeführten Thatsache in den wenigsten Fällen auf den Grund der deutschen Offenkundigkeit zurückführen lassen wird, und dass, wie im canonischen Rechte die Entscheidung über die notorische Qualität einer Thatsache überhaupt, so hier die Frage, ob Jemand »ein offenlicher, mutwilliger veinhdt oder beschediger« und damit ein »unzweiffenlicher Missetäter« sei, lediglich dem Ermessen des Gerichts anheimfallen muss. Den Anlass zu dieser bedauerlichen Inconsequenz gab wohl der Wormser Reichsabschied von 1495. Derselbe erklärt im § 12 des dritten Abschnitts (»Handhabung Friedens und Rechtens«) [1] alle diejenigen, welche den Vorschriften des Landfriedens (dem Verbote der Fehde) in »offenbarer, kuntlicher und vnlaugenbarer« Weise zuwiderhandeln würden [2], in die von demselben angedrohte Strafe (Reichsacht) verfallen und zwar so, dass zu ihrer Vollführung weder Citation noch Urtheil nöthig sei [3].

1) Vergl. Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747. Theil 2. S. 13.

2) Die C. C. B. nennt sie Feinde oder Beschädiger, die C. C. C. Art. 16 Feinde oder Friedbrecher, alles Ausdrücke, die sich in dem genannten Reichsabschiede finden; für die der C. C. B. vergl. den 2. Abschnitt § 30 am Ende (»offner entsagter Veind oder Beschediger«).

3) Die ganze Vorschrift des Reichsgesetzes steht sichtlich unter dem Einfluss der fremden Jurisprudenz; sie schliesst sich ganz einseitig einer in dieser allerdings nur vereinzelt vertretenen Ansicht an, dass die Notorietät Citation und Urtheil überflüssig mache. Vergl. Durantis Specul. l. III. p. 1 de not. crim. § 1. n. 1. und J. Clarus Sent. rec. lib. V. § fin. Qu. 9 n. 8.

Wollte Schwarzenberg dieses Stück Reichsgesetzgebung durchaus in seiner Arbeit verwerthen, so war der Art. 23 dazu zweifellos der passende Ort, allein an Klarheit und Durchsichtigkeit hat derselbe dadurch sicherlich nichts gewonnen: sein festes Princip fiel dabei zum Opfer.

Bis jetzt sprachen wir von dem Begriffe der »unzweiffenlichen Missetat«; wir durften ihn, von einer unglücklichen Beimischung abgesehen, als einen ächt deutschen bezeichnen [1]. Von dem Verfahren, das sie bedingt, kann in der Hauptsache wenigstens das Gleiche gesagt werden. Es sollen bei demselben, wie die C.C.B. sich ausdrückt, »alle rechtlichen Verlängerungen abgeschnitten werden«. Was mit diesen Worten gemeint ist, wird nicht ausdrücklich gesagt, kann indessen kaum zweifelhaft sein. Das Wesentlichste, was bei der »unzweiffenlichen Missetat« als überflüssig abgeschnitten werden muss, ist ihr Beweis. Das geht aus den in der Parenthese hinzugefügten Worten

»so sunst in diser ordnung allein zu erfarung der warheit vnd nit die vnzweiffenlichen misstetter domit zu fristen gesaczt sein« ziemlich deutlich hervor; der Art. 16 des Projektes einer P. G.-O. von 1521 spricht es mit dürren Worten aus.

Schwarzenberg durfte das deutsche Recht hier um so unbedenklicher fortleben lassen, als er ja dessen Richtigkeit durch die Autorität des canonischen Rechts und speziell durch die Darstellung des Klagspiegels bestätigt sah [2].

Obwohl nun vollen Beweis erbringend, verträgt die »unzweiffenliche Missetat« dennoch sehr wohl

1) eine Vertheidigung von Seiten des Beschuldigten. Zu der bemerkenswerthen Sorgfalt, mit der sie von Schwarzenberg dem letztern vorbehalten wird, mag vielleicht der Klagspiegel, der mit den Italienern diesen Punkt sehr energisch betont, aufgefordert haben.

2) Die Anwendung der Folter für den Fall, dass der unzweifelhafte Missethäter sein Verbrechen »freuenlich« abläugnen sollte.

Man erblickt gewöhnlich in dem Art. 23 der C. C. B., ebenso im

1) Anders freilich Hälschner, Geschichte S. 79 u. S. 81. Note 5.

2) Praktisch hat Schwarzenberg dadurch, dass er bei der handhaften That den ergänzenden Siebnereid abschaffte, das einheimische Recht allerdings bedeutend geändert, da derselbe ohne Zweifel in zahlreichen Fällen das entscheidende Moment bildete und da die Kraft des Gerichtszeugnisses mit der Zeit mehr und mehr auf ihn überging. Wie weit in letzterer Beziehung die Entwicklung in Bamberg fortgeschritten war, muss dahingestellt bleiben.

Art. 80 — sie widersprechen beide dem Art. 29 — den Ausdruck einer übertriebenen Werthschätzung des Geständnisses, durch das der gefundenen Wahrheit im Sinne des Gesetzgebers noch das Siegel der Bestätigung aufgedrückt werden sollte [1]. Vom heutigen Standpunkte aus mag eine solche Betrachtungsweise gerechtfertigt erscheinen, historisch geprüft kann sie unmöglich bestehen.

Wir haben schon früher darauf aufmerksam gemacht, dass die Bestimmung des Art. 23 der C. C. B. mit einer ähnlichen der Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 Afg.) Hand in Hand gehe. Hinzuzufügen ist jetzt noch, dass sie mit der citirten Stelle des Klagspiegels wörtlich zusammentrifft, und dass dieselbe Auffassung von der Wirkung der handhaften That sich auch in der bayerischen Landesordnung von 1501 [2] sowie in der hochinteressanten Ordnung des Bischofs Lorenz von Würzburg von 1504 (Abschaffung des Besiebnens betreffend) [3] findet.

Wenn wir von dem Klagspiegel absehen, so haben wir also drei ganz verschiedenen Gegenden Süddeutschlands angehörige Statute, welche übereinstimmend die Folter auch bei handhafter oder überhaupt bei offenbarer That zulassen, und dürfen also die entsprechende Bestimmung der C. C. B. keinesfalls mehr als eine isolirt dastehende betrachten, ja wir werden von vorneherein die Vermuthung aussprechen können, dass ein und dasselbe Bedürfniss die C. C. B. sowohl wie die drei anderen Gesetze zu jenem Grundsatze geführt hat.

Aber welches Bedürfniss?

Das Privilegium Maximilians I. von 1504 [4], auf Grund dessen Bischof Lorenz noch im selben Jahre die erwähnte Ordnung erliess, gibt uns vollkommenen Aufschluss.

Maximilian I. sagt dort, der Bischof von Würzburg habe ihm mitgetheilt, dass in seinem Stifte der Gebrauch herrsche, Uebelthäter, deren »Missetat und Verhandlung offenbar auch durch sie in Gefängnus bekannt seyn«, noch zu übersiebnen, und im Anschluss daran gebeten, diesen Gebrauch abschaffen zu dürfen. Um diesem Ansuchen zu willfahren, erkläre er das Besiebnen für alle Zeiten aufgehoben: fortan

1) S. Osenbrüggen, Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung VIII. n. 90. S. 364.

2) Krenner, bayerische Landtagsverhandlungen Bd. 13. S. 216. Vergl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. I, 2. S, 362.

3) Abgedruckt bei Rockinger über fränkisch-wirtzburg. Zentbücher in den Sitzungsberichten der bayer. Akademie philos.-philol.-hist. Cl. 1872. Heft 2. S. 186.

4) Bei Schneidt, Thesaurus jur. franc. I. S. 491—96. Note.

solle »auf eines jeden Uebelthäters Verwürkung, so die offenbar oder durch ihn selbst bekannt, oder aber durch den beschädigten Theil zu Recht genugsam beweisen« werde, wie es das römische Recht verlange, geurtheilt und gerichtet werden — »doch wollen wir«, so fügt er hinzu, »das in solchen beweisungen, auch bekenntnussen, die aus marter geschehen, niemand gefährlichen übereilet werden solle«. Das Privilegium ist in mehr als einer Beziehung merkwürdig; was wir für jetzt aus ihm entnehmen, ist die Thatsache, dass in Franken noch im Anfange des 16. Jahrhunderts zur Verurtheilung des Verbrechers die Uebersiebnung stattzufinden hatte. Ueber den Begriff der »offenbaren Missetat« wird man nicht im Zweifel sein können; er ist sicherlich mit dem der »öffenlichen unzweiffenlichen Missetat« in der C. C. B. identisch und hat wie diese zu seinem Hauptrepräsentanten die handhafte That [1]. Bei dieser letzteren bildete, wie wir sahen, der Siebnereid die fast regelmässige, aber trotzdem nicht wesentliche Ergänzung der geschehenen leiblichen Beweisung, eine Ergänzung, die praktisch betrachtet gewöhnlich das Meiste dargethan und naturgemäss an Bedeutung gewonnen haben wird, je mehr man sich mit der Zeit dazu hingedrängt sah, das überzeugende Moment bei der handhaften That im Eide des Anklägers und seiner Mitschwörer zu erblicken.

Was Generationen hindurch geübt worden war, wurde nun unter dem Einflusse der fremden Rechte plötzlich aufgehoben: die Wormser Reformation (Bch. 3, Th. 3, Tit. 3), die Ordnung des Bischofs Lorenz und die C. C. B. Art. 273 lassen keine Eideshülfe mehr zu. —

Welchen Einfluss musste dies auf die Behandlung der offenbaren und besonders der handhaften That ausüben?

Gar keinen, wenn der offenbare Missethäter sich zu einem Geständnisse herbeiliess, denn hier bildete dieses nach allen drei Gesetzen die genügende Grundlage für seine Verurtheilung. Anders, wenn er den Muth hatte, sein Verbrechen standhaft zu läugnen; hier ohne weiteres zu verurtheilen, wo man vielleicht wenige Monate vorher zweifelsohne noch ein formelles Beweismittel, die Besiebnung, angewendet hätte, ging nicht an, noch weniger aber freizusprechen. Was aus diesem Dilemma herausführen konnte, war allein das Geständniss des Beklagten. Wenn dieses vorlag, konnte man ruhig verurtheilen. Auf

1) Desshalb wird die wahre That gewöhnlich neben der offenbaren That noch ausdrücklich hervorgehoben, obgleich sie begrifflich unter die letztere fällt; so in der Worms. Reform. a. a. O. »offenbare oder frische That«, ebenso in der bayerischen Landes.-O. v. 1501.

diesem ganz natürlichen Wege kam man dazu, auf das Geständniss des Angeschuldigten so grossen Werth zu legen, dass man, um ein solches zu erlangen, auch vor dem Gebrauche der Folter nicht zurückschreckte. Wenn also Schwarzenberg im Art. 23 den überwiesenen, aber noch läugnenden Verbrecher mit der Folter zum Geständnisse zwingen wollte, so geschah dies nicht in Folge einer übertriebenen Werthschätzung des letzteren, sondern in Folge eines im Rechtsbewusstsein seiner Zeit liegenden Bedürfnisses nach einer »subjektiven Bewährung des Beweises«[1], eines Bedürfnisses, dem früher durch Eideshülfe und Gottesurtheil genügt wurde, das aber nach Beseitigung dieser Beweismittel nur noch in der Form eines Geständnisses aus dem Munde des Angeklagten befriedigt werden konnte.

Dadurch, dass Schwarzenberg dem deutschen Rechtsgefühl diese Rechnung trug, kam er freilich, wie im Art. 80, in Widerspruch mit der römisch-canonischen Doctrin, welche die Folter sowohl gegen bereits überwiesene, als auch gegen offenkundige Verbrecher als eine unnütze Grausamkeit ablehnt[2]. Es ist auffallend, dass die Redaktoren der C. C. C., während sie den Art. 80 dem fremden Rechte entsprechend abänderten, den Art. 23 wenn auch in verkürzter Form bestehen liessen. Vielleicht nahmen sie an demselben um so weniger Anstoss, als sie sahen, dass die deprehensio in crimine, der Notorietät in ihren Wirkungen bekanntlich vielfach ähnlich, immer erst zur Folter führte[3]. Wie nahe lag eine Identificirung mit dem bedeutsamsten Falle der »unzweiffenlichen Missetat«, der handhaften That!

Konnten wir im Vorigen den Gedankengang nachweisen, auf dem Schwarzenberg dazu gekommen sein dürfte, im Art. 23 noch die Folter gegen den läugnenden Thäter zu erkennen, so wird es kaum möglich sein, anzugeben, wie der Klagspiegel zu der Aeusserung gekommen ist, dass in welschen Landen der Richter die notorischen Verbrecher zur Aussage der Wahrheit zwinge. Wenn man nämlich seine Ausführungen über »die offenlichen und glaubern übelthaten« mit Durantis (Spec. l. II. p. 1. de not. crim. § 1 n. 1 u. 12), ihrer Quelle, zusammenhält, so sieht man deutlich, dass der erstere etwas in den Text seines Gewährsmannes hineingetragen hat, wozu ihn dessen Worte wenigstens

1) Vergl. Köstlin, der Wendepunkt des deutsch. Strafverf. S. 290.

2) Unrichtig Biener, Beiträge 155; cf. Franciscus Brunus T. de indiciis et tortura. P. II. qu. 5. n. 16.

3) Cf. Albertus Gandinus T. de malef. Rub. de praesumpt. et ind. indub. n. 2 und J. Clarus Sent. rec. lib. V. § fin. qu. 8. n. 2.

in keiner Weise berechtigten [1]. Ob diese Abweichung lediglich auf eine ungenaue Uebersetzung hinausläuft, oder einen tiefern Grund hat, weiss ich nicht, jedenfalls ist dieselbe principlos und dem Original selbst widersprechend.

Aus den langen Ausführungen des Klagspiegels über die verschiedenen Arten des Strafverfahrens haben wir bis jetzt die wichtige Thatsache zu verzeichnen, dass die Verurtheilung erfolgen kann auf Grund

1) eines freiwilligen Geständnisses (Bl. 153 d),
2) eines Beweises durch Zeugen, die guten Rufes sind und aus eigener Wahrnehmung deponiren,
3) einer praesumptio violenta, nie auf Grund von »blossem Argwohn und Verdenken«,
4) einer handhaften That,
5) eines Augenscheins obrigkeitlicher Personen. Bl. 154 b [2].

Liegt nun keiner dieser fünf Fälle vor, so kann es unter gewissen Bedingungen zur Folter kommen: »Merk wann in den schwoeren vnd grossen sünden die warheyt nit anders erfaren mag werden. so soll sy durch pyn tormenta in latein erfaren werden«. Ueber das Folterverfahren spricht der Klagspiegel im Vorbeigehen in dem Tit. Wie in der verklagung procediert soll werden (Bl. 153 c, d), dann ex professo in dem Titel de quaestionibus (Bl. 182 d—184 b).

Voraussetzungen der Tortur sind:

1) Eine »schwere und grosse Sünde«,
2) eine Person, die der Folter unterworfen werden darf,
3) die Gewissheit, dass die Wahrheit auf keinem anderen Wege erfahren werden kann,
4) das Vorhandensein von Indizien, »wartzeichen oder argumenten«.

Als Indizien führt der Klagspiegel Bl. 183 c auf:

a) Die Thatsache, dass gegen Jemand das Gerücht geht, das Verbrechen begangen zu haben,
b) die Aussage eines Zeugen über die That selbst (Bl. 183 a),
c) den Umstand, dass sich Jemand rühmte, die nachher wirklich geschehene That vollbringen zu wollen [3],

1) Durantis l. c. n. 12: et facta inquisitione vocat nominatos in inquisitione, quos intellexerit culpabiles vel suspectos, ut dicant veritatem et se, si possint, defendant.

2) Cf. Durantis, Spec. l. III. p. 1. de accusatione § qualiter n. 33 und Gandinus R. quomodo de malef. cogn. per denunc. n. 4.

3) Auf Bl. 190 a lässt der Klagspiegel auf die Thatsache hin, dass Jemand einem Anderen mit einem Verbrechen drohte, die Folter eintreten, vorausgesetzt, dass der erstere wohl fähig ist, seine Drohung auszuführen. Vergl. C. C. B. Art. 79.

d) die Thatsache, dass Jemand zur entsprechenden Zeit von dem Orte, wo die Uebelthat geschah, entfloh.

Da nach gemeinen Rechten, wie der Klagspiegel sagt, »nit procedirt wird auff die peynigung allein aus eim wartzeichen sunder aus mer wartzeichen«, so führt keines der angegebenen Indizien für sich allein zur Folter, sondern der böse Leumund nur dann, wenn ausser ihm etwa noch die Aussage eines Zeugen vorliegt, die sub c und d genannten Anzeigen dann, wenn »der Leümund mit ihnen geht« d. h. wenn eine Person ausser mit einem jener Indizien mit dem Verdachte die That begangen zu haben belastet ist. Man sieht die Lehre von den Anzeigen, die der Klagspiegel vorträgt, ist entsprechend den älteren Schriftstellern, aus denen sie geschöpft wurde, bei weitem nicht so ausgebildet, wie die der Wormser Reformation. Wenn desshalb für die Indizienlehre, was wahrscheinlich ist, neben den Italienern von Schwarzenberg eine deutsche Quelle gebraucht wurde, so spricht die Vermuthung stark für die Wormser Reformation. Dagegen finden sich doch auch im Klagspiegel einige Bestimmungen, die wir in jener vermissen und die Schwarzenberg mit Hülfe der fremden Literatur in verbesserter Gestalt in die C. C. B. herübergenommen haben könnte. Bestimmt können und wollen wir dies nicht behaupten.

l) Dem mit der Folter erlangten Bekenntnisse soll nach dem Klagspiegel nicht ohne weiteres Glauben geschenkt werden. Die Folter, meint er, sei »ein velent sorgfeltig ding vnd betrüge die warheit« [1].

Soll das mit der Tortur erpresste Geständniss Anspruch auf Glauben haben, so darf es dem Gefolterten nicht eher abgenommen werden, als er »aus der peyn gethan ist« (Bl. 183d u. 153c) und muss es von demselben überdies einen Tag nachher ohne Tortur wiederholt werden. Erst wenn der Torquirte auf seinem Geständnisse beharrt, was in den Akten vermerkt, »angeschryben« werden soll, erscheint dasselbe glaubwürdig; widerruft er aber vor dem Richter, so verliert das abgelegte Bekenntniss jede Kraft und darf die Folter nur im Falle des Auftretens neuer Indizien wiederholt werden.

Es braucht wohl kaum gesagt zu werden, dass diese Vorschriften den Bestimmungen der C. C. B. Art. 69, 70, 71 sehr nahe kommen, da sich besonders im Art. 69 u. 71 alle Dispositionen des Klagspiegels bis

1) Azo Summa ad Cod. l. IX. de quaestionibus: tortura res fragilis est et periculosa, et quae veritatem fallit. So sprechen alle Italiener von der Folter, nicht bloss, wie Hälschner (Geschichte. S. 76. Note 4) meint, Placentinus und die ältere civilistische Doctrin, ist doch jener Satz ein bekannter Ausdruck der Quellen. Cf. l. 1 § 23 D. de quaest. 48, 18.

auf das Anschreiben der perseveratio in völlig übereinstimmender Weise wiederholen, aber alle drei Artikel beweisen doch durch ihre Fassung und durch kleine Einzelheiten ihres Inhalts, dass Schwarzenberg neben dem Klagspiegel oder vielleicht ganz ausschliesslich italienische Schriftsteller benutzte.

Während der Klagspiegel den Gefolterten zur Bekräftigung des Geständnisses (perseveratio) sich einen Tag a metu tormentorum erholen lassen will, sagt die C. C. B.: »zum minsten des andern tags nach der marter vnd seiner bekentnuss, (oder) vber mer tag nach gutbeduncken des richters«.

Hält man damit die Worte des Angelus Aretinus (Gl. quod fama publ. praeced. n. 112) zusammen: tortus debet quiescere saltem per unam diem post torturam, antequam ducatur ad tribunal, ut ratificet, vel secundum Bartolum hoc erit arbitrio boni judicis relinquendum, so kann man nicht zweifelhaft sein, dass Schwarzenberg bei Abfassung des Art. 69 einen Italiener vor Augen hatte. Angelus Aretinus hat wegen der auffallenden Aehnlichkeit der Worte und ihrer Stellung wohl die meiste Wahrscheinlichkeit für sich [1].

2) Wenn nun der Angeschuldigte coram notariis et publicis personis sein Geständniss nicht bestätigte (ratificirte), so entstand die Frage, ob man mit der peinlichen Frage fortfahren solle. Aeltere Schriftsteller, wie Guido de Suzaria [2], Gandinus [3], Baldus de Periglis [4], Bonifacius de Vitalinis [5] u. A., behaupteten: Derjenige, der auf der Folter ein Geständniss abgelegt, aber auf demselben nicht beharrt habe, könne gleich demjenigen, der torquirt worden sei, ohne überhaupt gestanden zu haben, nur dann weiter gefoltert werden, wenn das Auftreten neuer Indizien die Fortsetzung der Folter rechtfertige, quia nullo modo confiteri et sine perseveratione confiteri paribus passibus ambulant.

Zwar bezeugen sie zugleich, dass die Richter die Folter vielfach auch ohne nova indicia fortsetzten, jedoch nicht, ohne sich über diese judices crudeles et assessores avidi honoris bitter zu beklagen.

1) Guido de Suzaria, de indiciis et tortura n. 43, 78, 79. Albertus Gandinus Rub. de quaestionibus n. 27, 32, 33. Jacobus de Bellovisu l. III. c. IX. n. 16, c. X. n. 8, 9, 10, 11, c. XV. n. 2. Bonifacius de Vitalinis Rub. quae indic. deb. praec. n. 3 u. R. de persever. post torm. forma n. 1, 2, 3. Ambertus de Antramonia, de quaest. et tortura n. 14. Franciscus Brunus P. II. qu. 6. n. 3—5.

2) Guido de Suzaria l. c. n. 68.

3) L. c. n. 25.

4) T. de quaest. et torm. c. II. n. 8.

5) R. de persever. post torm. n. 12.

Dieser Richtung gehört auch der Klagspiegel Bl. 184 a an. Das Beispiel eines neuen Indiciums, das er anführt, ist in den Schriften der italienischen Juristen traditionell.

Eine neuere Ansicht, als deren Vertreter ich etwa Augustinus Ariminiensis[1] nenne und die dieser selbst auf Baldus[2] zurückführt, hielt zwar an dem Satze sine novis indiciis tortura repeti non potest fest, ging aber dahin, dass der unter den legalen Voraussetzungen Torquirte, der sein Geständniss post torturam zurücknehme, doch weiter peinlich gefragt werden dürfe, denn gerade sein Geständniss liefere eine semiplena probatio, also einen genügenden Grund zur Fortsetzung der Folter. Multo magis potest judex maleficiorum iterum torquere reum, qui non vult perseverare in confessione, quando ultra confessionem suam haberet indicia urgentia, quae non essent totaliter purgata per primam torturam[3]. Dieser Ansicht ist Schwarzenberg im Art. 70 der C. C. B. gefolgt. Bestand über diese Frage, wie der Jurist Franciscus Brunus sich ausdrückt, eine magna variatio, so herrschte unter den Italienern nur eine Stimme darüber, dass dem Geständnisse einer Person, die ohne vorausgehende Indizien gefoltert worden sei, auch wenn sie tausend Mal auf demselben beharre, kein Glaube geschenkt werden dürfe: Scias tamen circa hujusmodi torturam, quod in tantum requirit indicia praecedentia, quod sine eis, etiamsi millies confessus in tortura in sua confessione perseveraret, nihil operaretur ejus perseveratio, nec posset ex ea sequi condemnatio[4]. Dasselbe sagt der Klagspiegel Bl. 184 b, denn ein solches Geständniss sei geschehen »wider die ordnung dess rechten«, dasselbe die C. C. B. Art. 28: »derselben bekent-

1) Ad Angelum Aret. Gl. comparuerunt dicti inquisiti n. 9. Cf. Franciscus Brunus l. c. P. II. qu. 6 n. 6.

2) Lect. ad l. 2 C. de cust. reor. (= l. 2. C. de cust. reor. 9, 4.) u. ad l. in bonae fidei C. de reb. cred. (= l. 3. C. de reb. cred. 4, 1).

3) Dabei soll aber der Torquirte jene semiplena probatio durch den Beweis, dass er sich bei seinem Geständnisse geirrt, vernichten und so die Wiederholung der Folter verhindern können. Cf. Augustinus l. c.: Et ideo, nisi revocans probet contrarium, cogitur perseverare in tali confessione per repetitionem torturae. Vergl. besonders Franciscus Brunus l. c. Die Berufung auf den Irrthum und ein entsprechender Beweis ist dem Gefolterten durch die C. C. C. Art. 57 ausdrücklich vorbehalten worden.

4) Cf. Franciscus Brunus P. II. qu. 5. n. 47, ferner Guido de Suzaria l. c. n. 29, Jacobus de Bellovisu l. III. c. IX. n. 6, Albertus Gandinus R. de quaestionibus n. 26, Bonifacius de Vitalinis R. de persev. post. torm. n 13 u. R. de confessione et contra eos. n. 5, Ambertus de Antramonia l. c. n. 13, Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. n. 36, dazu Augustinus.

nus soll nit glaubt noch yemant darauf verurteilt werden, wann das wider das Rechten were«.

3) Endlich erörtert der Klagspiegel noch einen Punkt, den auch Schwarzenberg auf das genauste zu normiren für nöthig hielt, die Frage nämlich, ob eine durch die Aussagen des Torquirten belastete dritte Person der Folter unterworfen werden dürfe. Der Klagspiegel antwortet auf die Frage: Man habe zu unterscheiden, ob der Gefolterte jene dritte Person schlechthin genannt, oder ob er sie als seinen Gesellen (socius) bezeichnet habe; im ersten Falle glaube man seiner Aussage, wenn gegen die fremde Person noch anderweitige Anzeigen vorhanden seien. Auch Schwarzenberg (C. C. B. Art. 32 Zum achten) sieht in der Aussage des Torquirten gegen einen Dritten, wenn dieselbe nicht in der durch Art. 38 vorgeschriebenen Weise provocirt worden ist, ein allgemeines, für sich allein zur Folter nicht genugsames Indiz. Habe aber der peinlich Gefragte Jemanden als seinen Gesellen bezeichnet, so werde der Aussage kein Glaube geschenkt. Hier gilt nämlich — der Klagspiegel vergass dies beizufügen — die Regel des Accursius: Tortus de se confessus non debet interrogari de aliis et maxime de sociis. Nur in 5 bestimmten Fällen [1] erleidet diese Regel eine Ausnahme und darf nach socii geforscht werden, wenn gewisse Leute in Folge vorliegender Indizien als solche beargwohnt sind.

Das ist das Material des Klagspiegels, das Schwarzenberg für die Abfassung seines Art. 38 benutzen konnte, und ich habe nur noch hinzuzufügen, dass der erstere Bl. 183a ausdrücklich vorschreibt, den Aussagen des Torquirten gegen einen seiner Feinde nicht leichtlich und ohne vorgängige Prüfung zu glauben. Offenbar war dieses Material zur Abfassung des erwähnten Artikels nicht im entferntesten hinreichend. Schwarzenberg hat bei derselben noch die italienische Literatur benutzt und zwar in einer Weise, die ihm alle Ehre macht.

Der ganze Gegenstand war bei den Italienern im höchsten Grade bestritten und hat bei ihnen selbst mehrere Phasen durchschritten.

Die Anwendung der Folter gegen einen Angeklagten oder Verurtheilten zu dem Zwecke, ihm die Namen seiner Mitschuldigen zu entlocken, war, was den italienischen Juristen keineswegs entgangen ist, etwas sehr Gefährliches; sie verstiess gegen einen Grundsatz, den

1) Dieselben sind enthalten in C. de feriis l. provinciarum (= l. 10 C. 3, 12), C. de fal. mo. l. 1 (= l. 1 C. 9, 24), ff. de cu. l. divus adrianus (= l. 6 D. 48, 3), ff. ad exhi. l. fi. (= l. 20 D. 10, 4), C. de malefi. et ma. l. fi. (= l. 9 C. 9, 18). Gandinus (R. de quaestionibus n. 16) nennt 6 Fälle.

schon Paulus treffend so formulirt hat: Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit [1]). Von dieser vernünftigen Regel, die Accursius in richtiger Weise wiederholt hat, hätte die italienische Jurisprudenz nie abweichen sollen. Dennoch ist dieselbe von ihr durch eine mit der Zeit stets wachsende Zahl von Ausnahmen durchbrochen und von der Praxis schon sehr früh gänzlich aufgegeben worden.

Aeltere Schriftsteller, wie Guido de Suzaria [2]), Jacobus de Bellovisu [3]) und Albertus Gandinus [4]), behaupteten, dass, von den 5 (sie nennen 6) im Klagspiegel genannten Fällen abgesehen, eine von dem Torquirten als mitschuldig bezeichnete Person sogar dann der Folter nicht unterworfen werden könne, wenn sie malae famae et malae conditionis sei, denn bei dem Verbote, nach Theilnehmern am Verbrechen zu forschen, erscheine die Tortur trotz des letzteren Indizes keineswegs gerechtfertigt. Die Anhänger dieser Ansicht, die von ihnen auf Azo zurückgeführt wird, fügen aber ausdrücklich hinzu, dass die Praxis in diesem Falle unbedenklich zur Folter greife.

Während noch Bonifacius de Vitalinis [5]), Angelus Aretinus [6]) und Augustinus Ariminiensis [7]) den angegebenen Standpunkt beibehielten, verliess ihn bereits Franciscus Brunus [8]) insofern, als er ganze Gruppen von Verbrechen aufstellte, bei denen de jure nach Mitschuldigen geforscht werden darf.

Dabei wird von ihm auch die Art und Weise angegeben, in der diese Nachfrage zu geschehen habe. Man habe, sagt er, ganz allgemein zu fragen, non descendendo ad speciem et ad nominationem certae personae, quia, si ad speciem descenderetur, non esset quaerere, sed potius suggerere, quod fieri non debet. Ausserdem müsse gegen den socius, den man auf die Aussagen des Torquirten hin der Folter unterwerfen wolle, noch eine legitima praesumptio sprechen.

So kommt Franciscus Brunus (l. c. n. 25) zu dem Schlusse: Soll die Aussage des Gefolterten, durch die ein Dritter als Mitschuldiger bezeichnet wird, eine zur Tortur des letzteren genügende Anzeige machen, so ist nöthig

1) Sentent. recept. L. I. t. 12, 7.
2) L. c. n. 50—55.
3) L. III. c. VIII.
4) R. de quaestionibus. n. 16—19.
5) R. quae indicia deb. praec. tort. n. 5, 6.
6) Gl. quod fama publ. praec. n. 31 u. 106.
7) Ad Angelum Aret. l. c. n. 31.
8) L. c. P. I. qu. 3. n. 19—25.

1) ein Verbrechen, bei dem de jure nach Theilnehmern gefragt werden darf.

2) Die Vermeidung aller Suggestivfragen.

3) Eine legitima praesumptio gegen den angeblichen socius.

Der Umstand, dass der bisher besprochene Gegenstand bei den Italienern, wie Augustinus sich ausdrückt, zu den quaestiones arduae et quotidianae gehörte, hat wohl mit zu der genauen Normirung desselben im Art. 38 der C. C. B. beigetragen.

Wenn ihn auch Schwarzenberg nicht im sklavischen Anschlusse an die italienischen Juristen abgefasst hat, so wird doch nicht geläugnet werden können, dass er aus ihnen mehr als die Quintessenz desselben entnahm. Neu ist bei ihm nur, dass die Anwendung der Folter zur Entdeckung von Mitschuldigen (»helffern«) nicht mehr an einen wenn auch noch so weiten Kreis bestimmter Verbrechen gebunden ist, ein Schritt, den übrigens die italienische Praxis schon lange vor ihm gemacht hatte [1]; neu ist ferner die Vorschrift, »den sager aller möglicher vnd notdurfftiger vmbstende zu fragen, die nach gelegenheit vnd gestalt yeder sach allerbast zu nachvolgender erfyndung der warheit dinstlich sein mogen« [2], endlich die noch besonders geschehene Hervorhebung des Erfordernisses der perseveratio bei dem »sager«. Dass die Aussage des peinlich Gefragten bedeutend an Gewicht verliere, wenn zwischen ihm und dem angeblichen Mitschuldigen Feindschaft bestand, hat Schwarzenberg aus dem Klagspiegel zur Genüge ersehen können.

Das Resultat, das wir durch die Betrachtung des processualen Theiles des Klagspiegels für die Bestimmung seines Verhältnisses zur C. C. B. gewonnen haben, ist folgendes:

Der Klagspiegel hat Schwarzenberg, von einigen allerdings bedeutsamen Principien abgesehen, fast nur solches Material geboten, das, wenn anders es in sein Gesetzbuch übergehen sollte, bedeutend verbessert und ausgearbeitet werden musste. Dass dieses Resultat auch für den strafrechtlichen Theil unseres Rechtsbuches gilt, soll im Folgenden dargethan werden. Von den allgemeinrechtlichen Vor-

1) Dies bezeugt Franciscus Casonius Opiterginus (etwa ein Zeitgenosse Schwarzenbergs) in s. Tractatus de tormentis c. XVI n. 6: Sed de consuetudine totius Italiae rei interrogantur de sociis in omni casu.

2) Vergl. übrigens Jacobus de Bellovisu l. III c. VIII n. 3: In omnibus istis casibus sunt interrogandi tales in genere, non in specie, dicendo sic: Quis fuit tecum? eras tu solus tempore criminis commissi? vel quot eratis? vel qualiter hoc potuisti facere solus, sine adjutorio? vel qualiter fuisti ausus talia facere? vel de quo mandato, vel quo procurante hoc fecisti? et quantum debebas habere pro hoc faciendo? etc.

schriften des Klagspiegels, von denen wir einige schon bei Betrachtung der Wormser Reformation kennen gelernt haben, verdienen unsere besondere Aufmerksamkeit die über die culpa, den Versuch und die Nothwehr.

1) Der Klagspiegel ist wohl in Deutschland das erste Rechtsbuch gewesen, das den Begriff der culpa mit voller Klarheit erfasst und durch eine scharfe Absonderung derselben vom casus mit den älteren deutschen Rechtsansichten gebrochen hat. Er spricht von der culpa in den Titeln de actione legis Aquiliae Bl. 124 ff und ad legem Corneliam de sic. Bl. 174 d, also im Anschluss an die Sachbeschädigung und Tödtung, dann aber ganz allgemein im Titel de poenis Bl. 186 b, ein deutlicher Fingerzeig, dass er die culpa nicht bloss in einzelnen Fällen, sondern überall, wo sie nicht durch die besondere Natur des Verbrechens ausgeschlossen ist, für strafbar erachtet. »Ist das criminaliter die sach geübt wirt« — so heisst es Bl. 186 b — »vnd auch wenn solichs gescheche durch geylkeit. oder ein böss exempel brecht oder machte so soll auch leychtlicher gestrafft werden«.

Unter den Beispielen, welche der Klagspiegel im Titel de actione legis Aquiliae zur Illustrirung der culpa, »des Unfleisses« der »Geilheit«, wie er sie nennt, anführt, befinden sich zwei, die wir auch in der C.C.B. antreffen. Es sind dies die der l. 9. § 4 und der l. 11 pr. D. ad legem Aquiliam entlehnten Beispiele vom »Schützen« und »Balbirer«. Der Klagspiegel benutzt sie, um zu zeigen, dass bisweilen in lege Aquilia nur der dolus in Betracht komme, dann nämlich, wenn der Verletzte den Schaden durch eigene Schuld erlitten habe. »Als nym wo vil stein schiessen auff ein plane vnd ein eygen mensch ist über den plan gangen. vnd geschossen worden. der ist nit pflichtig der geschossen hat. wann es soll keiner zu vnzeyten über ein sölichen plan geen. welicher aber solichs mit fleyss getan het der ist pflichtig. wann ein yegklicher schedlicher schympff oder kurtzweyl felt in vnfleyss vnd in schuld [1]. Item wo auch vil deshalb [2] spilen in einer gassen oder statt wo solichs auss gewonheit gespilt wirt. vnd einer jm ein scherer scheren liess. vnd so der ball vngestümmigklich oder mit gewalt geschlagen. vnd in des scherers hand geworffen vnd die kele jm apgeschnytten würd vnd das scharsach dem scherer empfallen ist. es ist weder der scherer weder der werffer noch der schlager schuldig. es sey dann solichs geschehen mit fleyss. wann solichs mag dem zugezelet werden der sich so gar an ein sorgklich oder schedlich stat dem scherer sich empfolhen hat«.

1) Zum Verständniss! quia ludus quoque noxius est in culpa.

2) Statt »ball spilen«, ein geistreicher Druckfehler, den S. Brant stehen liess.

So wahrscheinlich es auch ist, dass die Beispiele des Klagspiegels zu denen der C. C. B. Art. 172. den Anstoss gegeben haben, so liegt doch auf der Hand, dass Schwarzenberg dieselben oder wenigstens das des Scherers in der Auffassung des Spiegels nicht gebrauchen konnte, denn dieser lässt ja weder den Scherer, noch den Schlager oder Werfer haften, sondern gibt nach den Schlussworten der l. 11 pr. dem Getödteten selbst die Schuld. Die Art, wie Schwarzenberg das eine Beispiel des Klagspiegels für seinen Zweck zurechtlegte, lässt vermuthen, dass er bez. seine Mitarbeiter die von der italienischen Jurisprudenz als l. item Mela viel citirte l. 11 pr. selbst eingesehen und die dort geäusserte Meinung des Proculus sich in bewusster Weise angeeignet hat.

2) Ueber den Versuch spricht der Klagspiegel, ohne zwar diesen Ausdruck zu kennen, in dem Titel de poenis Bl. 186 a, b. Nach Albertus Gandinus (R. de poenis reorum n. 4 ff.) unterscheidet er an der verbrecherischen Handlung mit Rücksicht auf deren Strafbarkeit drei Phasen:

Das »Gedenken« (cogitare),
das »Understeen« (agere),
das »Vollenden« oder »Vollbringen« (perficere).

Wenn Jemand gedenkt, ein Verbrechen zu begehen, und untersteht sich dasselbe zu thun, vollendet es aber nicht, so soll darauf gesehen werden, ob das Verbrechen nicht vollendet wurde, weil der Handelnde nicht wollte oder nicht konnte (»mochte«). Unterblieb die Missethat, weil er nicht wollte, so ist er »ablasswirdig«, unterblieb sie aber, weil er nicht konnte, so wird er gestraft, »wann in malefitzen vnd übelthaten sicht man an den willen vnd nit den ausgang«.

Es lässt sich nun nicht läugnen, dass in dieser Aufstellung bereits die Elemente zu dem bekannten Art. 204 der C. C. B. liegen [1].

Im Vergleich mit dem letzteren erscheinen dieselben indessen so dürftig, dass Schwarzenberg bei aller legislatorischen Befähigung, die wir an ihm kennen, noch eine andere Quelle gehabt haben muss, um aus jenen Elementen den Artikel entstehen zu lassen, der sich, was Gehalt sowohl als Fassung betrifft, mit manchen neueren Strafgesetzen über den Versuch messen kann.

Diese andere Quelle steht aber bereits fest: es ist die italienische Jurisprudenz.

Ihr gebührt nicht nur das Verdienst, die geringere Strafbarkeit des

1) S. Stintzing, Populäre Literatur S. 401.

Versuchs aus dem germanischen Rechte abstrahirt und in wissenschaftlicher Form der Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts überliefert zu haben, sondern ihr verdanken wir überhaupt die Ausbildung einer zusammenhängenden Lehre über diese wichtige Materie [1].

Schon die Glosse unterscheidet bei wirkungslos gebliebenen Handlungen zwischen dem freiwilligen Abstehen und der zufälligen Verhinderung und statuirt im letzteren Falle allgemeine Strafbarkeit für die crimina atrociora, Straflosigkeit dagegen für die crimina non atrociora. In systematischer Form schon so ausgebildet, wie bei Albertus Gandinus, finden wir die Lehre vom Versuche bei dem Juristen Odofredus. An die l. 5 C. de episcop. 1, 3 anknüpfend führt er die gesammte Lehre vom Verhältniss des Willens zur That auf die fünfgliedrige Unterscheidung [2] zurück, die wir zum Theil bereits beim Klagspiegel [3] kennen lernten, und bestimmt bei der fünften Figur »cogitat et agit, sed non perficit« bei zufälliger Verhinderung Strafbarkeit als Regel.

Während das Schema des Odofredus für die formelle Behandlung des Versuchs fast bei allen folgenden Schriftstellern maassgebend blieb, machte sich bezüglich des Grades seiner Strafbarkeit unter der Einwirkung des longobardischen Rechts eine neue Ansicht geltend. Gestützt auf dieses letztere stellte Durantis [4] den Satz auf: De consuetudine tamen licet dicatur quis occidendi animo percussisse, non tamen de morte punitur. Spätere Schriftsteller, wie Baldus de Perusio, Paulus de Castro u. A., legten diesem Satze den weitern Sinn bei, dass alle Gesetze, welche den Versuch in der Strafbarkeit der Vollendung gleichstellten, durch eine allgemeine Gewohnheit abgeschafft seien [5].

Hierzu gesellte sich der weitere Fortschritt, — ein Verdienst des Jacobus de Ravanis! — dass an die Stelle des Unterschieds zwischen

1) Dies aufs genauste nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst der musterhaften Abhandlung H. Seegers Ueber die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters. Tübingen 1869 4⁰, die auch dem Folgenden zu Grunde liegt. Vergl. noch Hälschner, System I. S. 176, 177.

2) 1. Aut aliquis cogitat delinquere et agit et perficit,
2. aut quis cogitat delinquere nec agit nec perficit,
3. aut agit et perficit, sed non cogitat delinquere, quod casu et furore delinquit,
4. aut nec cogitat nec agit nec perficit,
5. . . . cogitat et agit, sed non perficit.

3) Das Schema des Klagspiegels ist übrigens, um genau zu sein, wie das seines Gewährsmannes Gandinus ein viergliedriges, indem die Figur 4 weggelassen wurde.

4) Spec. l. I. p. 2 de accusat. § 1. n. 7 in f.

5) Seeger a. a. O. S. 15.

delicta atrocia und non atrocia der richtige zwischen Privatstrafanklage und crimineller Verfolgung gesetzt, und der Versuch eines mit Privatstrafanklage zu verfolgenden Verbrechens für straflos erklärt wurde [1].

Als Resultat der ganzen noch durch Schriftsteller, wie Bartolus und Baldus, geförderten Entwicklung ergab sich im 15. Jahrhundert die communis opinio, dass der Versuch geringer als das vollendete Verbrechen zu bestrafen sei, und dass dieser Grundsatz ohne jede statutarrechtliche Bestimmung als generalis consuetudo totius mundi gemeinrechtliche Bedeutung habe; freilich war man trotzdem immer noch gerne bereit, bei einzelnen besonders schweren Verbrechen, wie bei dem crimen laesae majestatis, latrocinium, assassinium, veneficium, eine Ausnahme von jenem Principe zu gestatten, und auch über das Strafmaass war man keineswegs einig, wenn auch feststand, dass dasselbe hinter dem für das vollendete Verbrechen bestimmten zurückbleiben müsse. Bezeichnend und wichtig sind in letzterer Beziehung besonders die Worte des Bartholomaeus de Saliceto (+ 1412), der erklärt, es solle, wo das Gesetz den Versuch im Allgemeinen als strafbar hinstelle, ohne zu einzelnen Handlungen herabzusteigen, die Strafe des Versuchs keine überall gleichförmige sein, sondern je der Verschuldung im einzelnen Falle angepasst werden: wenn das Gesetz den Versuch nicht erwähne, solle er bei Criminalverbrechen nichtsdestoweniger bestraft werden, sobald die verbrecherische Thätigkeit nach ihrer Erscheinung auf die Vollendung gerichtet sei (si actus ille in sua forma vel figura tendit ad consummationem effectus) [2].

Diesen Stand der Wissenschaft hat Schwarzenberg zweifelsohne gekannt: überzeugt, dass der Versuch geringer gestraft werden müsse als das vollendete Verbrechen, sah er zwar dieses Princip in der Wissenschaft anerkannt, aber noch mit manchen Ausnahmen durchbrochen, sodann die wenn auch geringere Versuchsstrafe noch im grössten Schwanken begriffen. Der wissenschaftlichen Entscheidung dieser so wichtigen Frage wollte er nicht vorgreifen und überliess desshalb, wie er das auch gegenüber anderen Streitfragen seiner Zeit gethan hat, die nähere Bestimmung der auf den Versuch zu setzenden Strafe den Rechtsgelehrten. Nur das glaubte er ähnlich wie Bartholomaeus de Saliceto hinzufügen zu müssen, dass je nach der Grösse der Verschuldung das Maass der Versuchsstrafe zu erhöhen oder zu mindern sei. Die oben angegebenen Worte des Bartholomaeus de Saliceto

1) S. Seeger a. a. O. S. 16.
2) S. Seeger a. a. O. S. 25.

»si actus ille in sua forma vel figura tendit ad consummationem effectus« bieten uns noch die Lösung einer wichtigen Frage. Der Art. 204 der C. C. B., der, wie Seeger [1]) treffend bemerkt, keine technisch-juristische Begriffsbestimmung des Versuchs aufstellt, sondern mehr descriptiver Natur sein will, beschreibt die peinlich zu strafenden Versuchshandlungen so: »scheynliche werke die zuuolbringung der misstat dienstlich sein mögen«.

Mehrere neuere Schriftsteller nun, wie Zachariä [2]) und Geib [3]), meinen, Schwarzenberg habe mit diesen Worten die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln festsetzen wollen. Wenn Schwarzenberg bei Abfassung des Art. 204 der C. C. B. die Italiener vor Augen hatte, woran ich keinen Augenblick zweifle, so ist dies sicherlich nicht der Sinn seiner Worte, denn gerade diejenigen Werke der italienischen Jurisprudenz, die auf die C. C. B. einen unzweifelhaften Einfluss ausgeübt haben, sind entschieden der Ansicht, dass die Versuchshandlung sowohl am untauglichen Objekte als mit untauglichen Mitteln zu ahnden sei, wenn auch nur mit einer extraordinären Strafe [4]).

Was Schwarzenberg mit jenen Worten hat sagen wollen wird einigermaassen schon durch Jacobus de Bellovisu [5]), vollkommen durch die angeführten Worte des Bartholomaeus de Saliceto klar. Er sagt, wenn eine Handlung als Versuch gestraft werden solle, so müsse sie nach ihrer Erscheinung auf die Vollendung gerichtet sein (in sua forma et figura ad consummationem effectus tendere), und bezeichnet den Gegensatz hierzu deutlich genug durch das Beispiel eines Mannes, der die Verführung einer Frau durch Geschmeide (jocalia) vorbereitet [6]).

Bartholomaeus denkt also bei jenen Worten, die doch denen der C. C. B. vollkommen entsprechen, keineswegs an den Versuch mit untauglichen Mitteln; was er bezweckt, ist lediglich eine Abgrenzung des Versuchs gegen blosse Vorbereitungshandlungen, nicht dass er diese letzteren straflos lassen möchte, sie gehören nur nicht zum Versuch, sind eigenthümliche Vergehen, deren Strafe noch kleiner ist, als

1) A. a. O. S. 28.

2) Versuch, Bd. I. S. 258—60.

3) Lehrb. II. S. 306 ff.

4) Cf. Angelus Aretinus Gl. falsario n. 3 ff, dazu Augustinus n. 6, 7, 21, Albertus Gandinus R. de falsariis n. 32, 33. Bei den crimina atrociora wird auch die misslungene Anstiftung ausserordentlich bestraft. Cf. Angelus Aretinus Gl. et Sempronium n. 7.

5) Cf. l. III. c. XXVI. n. 6.

6) S. Seeger a. a. O S. 44,

die des eigentlichen Conats [1]. Diese und keine andere Bedeutung haben auch die Worte Schwarzenbergs »scheynliche werke die zuuolbringung der misstat dienstlich sein mögen«, und Remus gibt also den Sinn des Art. 178 der C. C. B. auf Grund der mittelalterlichen Rechtslehre ganz richtig wieder, wenn er in seiner Paraphrase sagt: Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione etc., sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur.

3) Mit weitaus der grössten Sorgfalt behandelt der Klagspiegel von den allgemeinen Lehren des Strafrechts die Nothwehr.

Wenn er auch hier wie überall kein weiteres Verdienst beanspruchen darf, als eine parthienweise Uebertragung einiger italienischer Juristen zu sein, so ist er darum nicht minder dasjenige Rechtsbuch in Deutschland gewesen, das zuerst eine verhältnissmässig vollständige Theorie der Nothwehr aufgestellt hat.

Zöpfl [2] hat zuerst auf diese Thatsache hingewiesen und dabei zu zeigen versucht, »wie sehr der Verfasser des Klagspiegels dem Schöpfer der C. C. B. und C. C. C. (?) in die Hände gearbeitet habe«. Von einigen Irrthümern, die Zöpfl beherrscht von dem irrigen Glauben an Brants Autorschaft in seiner Darstellung beging, abgesehen, meinte Stintzing [3] dem Materiellen derselben beistimmen zu dürfen, während Hälschner [4] den Einfluss des Klagspiegels auf die C. C. B. an dieser Stelle ganz läugnete und als die ausschliessliche Quelle für die Bestimmungen der letzteren über die Nothwehr (Angelus Aretinus (Gl. et dictus Titius se defendendo) bezeichnete.

Die Stellen, an welchen der Klagspiegel von der Nothwehr handelt, — das Wort selbst kennt er nicht, er spricht nur von »gewalt thun, verwunden, tödten in schirms! und wörens weiss« — sind von Zöpfl nicht alle bemerkt worden. Sie befinden sich im

Tit. unde vi Bl. 23 b, c.
- de actione leg. Aquil. Bl. 124 b, c.
- ad leg. Jul. de vi publ. Bl. 171 c ff.
- ad leg. Cornel. de sic. Bl. 174 d.

1) Ebenso bezeichnende Aeusserungen, wie bei Bartholomaeus de Saliceto, finden sich bei Cinus, Baldus, Angelus de Ubaldis und besonders bei Petrus de Bellapertica. Vergl. Seeger, a. a. O. S. 42 u. 43.

2) Archiv des C.-Rs. 1842. S. 317 ff.

3) a. a. O. S. 398.

4) Geschichte. S. 81. Note 5. Unrichtig ist das, was Hälschner, System I. S. 246 über die Wormser Reformation und den Klagspiegel behauptet.

Erforderlich zur Nothwehr ist nach dem Klagspiegel Folgendes:

a) Ein rechtswidriger Angriff. Derselbe kann sich richten gegen Leib und Leben [1], das Vermögen [2], die Ehre [3]. Diese Güter dürfen auch an einem Dritten geschützt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung eines näheren persönlichen Verhältnisses zwischen diesem und dem Hülfeleistenden (Bl. 171 d u. 172 a, b).

b) Der rechtswidrige Angriff muss begonnen haben; des Gegners Streich braucht der Angegriffene freilich nicht abzuwarten, es genügt vielmehr, dass die Verletzung drohend bevorstand. Bl. 172 d: »Item soll der besitzer oder der der angangen ist beyten biss er vor geschlagen wirt ee er schlecht. sprich neyn wann er möcht villeicht hinfür nimen schlagen. es ist gnug das der angener schreck den angangen auff daz das also der angangen vnd der besitzer sich seiner waffen brauchen müg wider den angener«. Vergl. Bl. 23 c.

c) Der rechtswidrige Angriff muss ferner unvollendet, der Schaden demnach noch abwendbar sein. Wo der letztere durch die Gegenwehr noch rückgängig gemacht werden kann, muss diese »zu frischer that« (in continenti, nicht ex intervallo) erfolgen [4]. Bl. 172 c, d.

d) Die Unmöglichkeit, den drohenden Nachtheil ohne Gefahr für die obengenannten Güter abzuwenden, ist als Erforderniss der Nothwehr nicht besonders hervorgehoben.

Eine Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr liegt nach dem Klagspiegel vor, wenn entweder eine bedeutendere als die unerlässliche Verletzung geschieht, oder wenn die Verletzung zugefügt wird, nachdem die Gefahr und damit das Recht zur Nothwehr zu bestehen aufgehört haben. Für das Letztere gibt der Klagspiegel Bl. 172 b das Beispiel dessen, der auf seinem Grunde angegriffen wird, dann den Angreifer, der sich zur Flucht gewandt hat, verfolgt und erschlägt. Dieses Beispiel ist in etwas allgemeinerer Fassung in die C. C. B. Art. 167 Abs. 4 (»Oder meldet — erschlagen het«) übergegangen.

Bei der Frage, ob eine Ueberschreitung des richtigen Maasses der Nothwehr vorliege, soll nach dem Klagspiegel vorzüglich auf die

1) Bl. 174 d: Wann wo ich in beschirms weyse meins leibs ein ertödt. ich bin nitt schuldig.

2) Bl. 171 d: Item merk das zymlich ist gewalt mit gewalt vertreyben vmb deiner habe willen vnd auch farender hab. als ich wören wolt mein kappen.

3) Bl. 174 d: desgleichen so ich mein gutt wort opinionem in latein wolt behalten.

4) Wie wenig genau es der Klagspiegel mit diesem Erfordernisse nimmt, ersieht man aus Bl. 172 c.

Gleichheit bez. Ungleichheit der angewandten Vertheidigungsmittel gesehen werden: »wann thust du mir gewalt mit waffen ich mage mich mit waffen wören. thust du mir gewalte on waffen ich soll mich beschirmen on waffen. wäre aber eins faust herter dann des andern schwertschlag. sprich er mag sich mit waffen wören«[1]. Letzteres ist eine starke Reminiscenz an die C. C. B. Art. 168.

Für den Beweis der Nothwehr sucht der Klagspiegel nach dem Vorbilde der Italiener Vermuthungen aufzustellen.

Nachdem er die Präsumption des Doctor Jacobus der von einem anderen Doctor (Odofredus) empfohlenen gegenübergestellt hat, gibt er selbst eine solche für den Fall, »dass zwei einander schlagen«. Ficht nämlich Jemand einen Andern mit Waffen an und wird er von dem sich Wehrenden erschlagen, so spricht die Vermuthung für die Nothwehr; hat aber der Angegriffene, stärker als der Angreifer, den letzteren bewiesenermaassen erst zu Boden geworfen, geknebelt und dann getödtet, so spricht die Vermuthung für einen Excess der Nothwehr. Dieses Beispiel hat offenbar Schwarzenberg bei Abfassung des Art. 167 Abs. 3 (»Oder so — erledigt gewest«) vorgeschwebt.

Dies eine möglichst vollständige Darstellung der Grundsätze des Klagspiegels!

Das im letzteren an vier Orten zerstreute Material zusammengefasst und, was Inhalt und Form betrifft, zu grösserer Vollendung und Reife gebracht zu haben, ist das Verdienst Schwarzenbergs. Dass ihm dies gelungen ist, verdankt er freilich zum grossen Theil einer Quelle, die, was wenigstens die Lehre von der Nothwehr betrifft, ebenso hoch über dem Klagspiegel steht als die C. C. B. selbst, dem Tractatus de maleficiis (Gl. et dictus Titius se defendendo) des Angelus Aretinus. Doch wir wollen einem Urtheil in der Sache nicht vorgreifen, eine kurze Darstellung der Grundsätze dieses berühmten Commentators wird es von selbst fällen, nur das sei noch bemerkt, dass die Glossa et dictus Titius se defendendo keineswegs, wie Hälschner annimmt, die ausschliessliche Quelle des Abschnitts der C. C. B. über die Nothwehr ist. Was Zöpfl auf der einen, hat Hälschner auf der anderen Seite übertrieben. Auf die Punkte, die dem Klagspiegel meines Erachtens nicht streitig gemacht werden können, habe ich bereits hingewiesen[2].

1) Vergl. Bl. 23 c.

2) Dass der Art. 165 der C. C. B. auf die Wormser Reformation als das Mittel-

Die technische Bezeichnung des rechtswidrigen Angriffs, gegen den die Nothwehr geübt wird, ist bei Angelus Aretinus, wie bei allen italienischen Juristen, agressus, insultus (bez. aggredi, insultare), Ausdrücke, die wohl den Vorgang für den heute nicht mehr gebräuchlichen Ausdruck der Wormser Reformation und der C. C. B. »anlaufen« bilden [1].

Während Angelus Aretinus (l. c. n. 27) und vor ihm bereits Albertus Gandinus [2]) blosse Drohungen und Vorbereitungen zum Angriff nicht als hinreichende Veranlassung zur Ausübung der Nothwehr betrachten, ist es auf der anderen Seite für beide [3] über jeden Zweifel erhaben, dass der Angegriffene den Streich des Gegners nicht abzuwarten brauche. Die gegentheilige Meinung wird bereits von Azo [4] und nach ihm von Gandinus mit den Worten abgefertigt: Illud autem dixerunt quidam simplicitate nimia, quod potentior debeat pati primo se percuti. Wörtlich übereinstimmend sagt die C. C. B. Art. 165: »ist auch mit seiner gegenwehr nit schuldig zu wartten biss er geschlagen wirt, als etlich vnuerstendig lewt meinen«. Wenn irgend eine Stelle, sagt Zöpfl [5], so gebe diese den deutlichen Beweis, dass Schwarzenberg, der hier in seiner ganzen Derbheit losbreche, bei Abfassung der C. C. B. das Bamberger Stadtrecht vor sich gehabt habe. Es ist allerdings sehr wahrscheinlich, dass Schwarzenberg mit dem letzten Satze, welchen er offenbar absichtlich dem fast wörtlich der Wormser Reformation entlehnten Art. 165 beigefügt hat, dem Bamberger Stadtrechte, bez. der bambergischen Gerichtspraxis einen Seitenhieb versetzen wollte, allein ebenso sicher scheint es mir, dass ohne eine Kenntniss von Azo oder Gandin Schwarzenberg schwerlich dazu gekommen wäre, eine von ihm missbilligte Meinung in so kräftiger Weise zurückzuweisen [6].

Ein rechtswidriger Angriff, auch wenn er bereits begonnen hatte, oder drohend bevorstand, berechtigt nach Angelus nur unter der Voraussetzung zur Nothwehr, dass er ohne Gefahr für gewisse Güter nicht abgewendet werden konnte. Diese Güter sind: Leben und körperliche

glied zwischen jener und der italien. Jurisprudenz zurückzuführen ist, wurde bereits gezeigt. S. oben S. 120, 121.

1) S. übrigens schon den Schwabenspiegel 79, 314 III (L).

2) R. de defensionibus a reis faciendis n. 3.

3) Angelus Aretinus l. c. n. 26. Gandinus l. c. n. 8.

4) Summa in lib. VIII. Cod. Tit. unde vi n. 3.

5) Bamberger R. S. 148.

6) Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte. Abth. II. S. 424. Note.

Integrität [1], Ehre und guter Leumund [2], endlich das Vermögen [3], das letztere jedoch nur im Falle der Unersetzlichkeit des drohenden Schadens.

Es ist daher für den Anfang mehr als befremdend, dass Schwarzenberg die Nothwehr zur Rettung des eigenen Vermögens mit keinem Worte erwähnt und im Art. 165 als Objekte der rechtmässigen Gegenwehr nur »leyb, leben, ere vnd guten leymat« nennt. Dieser Umstand fällt um so mehr in die Augen, als wir in der Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit. 19) ebenso wie im Klagspiegel (Bl. 171 d) die Nothwehr zur Rettung von Hab und Gut vollkommen anerkannt sahen [4].

Die Erklärung dieser auffallenden Erscheinung beweist, wenn anders dieselbe richtig ist, von Neuem, wie sehr Schwarzenberg und seine Mitarbeiter mit dem Stande der italienischen Doctrin vertraut waren und verbreitet überraschendes Licht über die Art und Weise, wie sie sich zu den Streitfragen ihrer Zeit verhielten [5]. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts wurde nämlich einigen Canonisten, wie Nicolaus Tudiscus und Johannes ab Anania, welche die Zulässigkeit der Nothwehr zur Rettung von Hab und Gut nach weltlichem Rechte keineswegs in Abrede stellten, aber bei ihr doch Kirchenstrafen angewendet wissen wollten, die Behauptung untergeschoben, es sei die Vermögensnothwehr in allen Fällen widerrechtlich, ausser etwa in dem, wo der Angriff auf Hab und Gut zugleich Leib und Leben gefährde [6]. Dieses grobe Missverständniss, bei dem die Busswürdigkeit der Vermögensnothwehr mit der weltlichen Strafbarkeit verwechselt wurde, erklärt sich leicht aus der damals selbst von den bedeutendsten Schriftstellern nicht verlassenen

1) L. c. n. 8, 23.

2) L. c. n. 9: Sed etiam aliud articulare et probare debet, videlicet, quod non potuit cum suo honore et salvatione evitare insultum; cf. n. 23, 24. Vergl. damit die Wormser Reformation. Bch. 3, Th. 1, Tit. 28 und die C. C. B. Art. 165 und 167 Abs. 5.

3) L. c. n. 3; cf. n. 7: Sed Bartolus ibi dicit, quod dicitur inculpata tutela, quando aliter se defendere non potest et intelligit, si aliter se defendere non potest sine periculo rerum sive personae; unde non debet pati, quod damnificetur in aliquo, si damnum esset irreparabile, alias secus.

4) Vergl. auch den Layenspiegel. Ausg. v. 1511. Bl. 187a: Item beschicht ain todschlag auss geursachter not vnd gegenwere zu rettung leibs lebens oder guts etc.

5) Die Erklärung, wie sie im Texte gegeben ist, ist ein Verdienst Seegers (Abhandlungen II S. 392. Note 2 u. 3, vergl. S. 465).

6) Cf. Bajardus Add. zu J. Clarus, Sent. recept. lib. V. § Homicid. n. 25. Uebrigens gestattete ja auch Angelus Aretinus die Vermögensnothwehr nur unter der Bedingung der Unersetzlichkeit des drohenden Schadens.

Sitte des Ausschreibens der Vorgänger. Waren daher die Verfasser der C. C. B. von der Zulässigkeit der Vermögensnothwehr noch so sehr überzeugt, in der Wissenschaft sahen sie dieselbe bestritten. Dies war wohl der Grund, warum sie sich über dieselbe nicht allgemein und grundsätzlich aussprachen: sie waren zu bescheiden, eine wissenschaftliche Controverse durch den Buchstaben ihres Gesetzbuches abzuschneiden und zogen es vor, die Frage offen zu lassen und der Wissenschaft eine ungehemmte Fortentwickelung zu sichern.

Aber wie kommt es denn, dass Schwarzenberg im Art. 175 die Tödtung eines Menschen »zur rettung eynes andern leib, leben, oder gut« erlaubt? Man kann doch unmöglich annehmen, dass die Redaktoren der C. C. B. im Art. 175 die Vermögensnothwehr zu Gunsten eines Dritten gestatten wollten, während sie am geeigneten Orte (Art. 165 u. 167) die Vertheidigung des eigenen Vermögens mit Stillschweigen übergingen oder besser gesagt dem Bedrohten nicht ohne weiteres zuzugestehen wagten.

Das Räthsel löst sich, wie ich glaube, wenn wir das Rubrum und den Eingang des Art. 175 betrachten. Nach beiden gehört die Rettung fremden Gutes unter die Ursachen, welche nur dann eine Tödtung entschuldigen, wenn sie recht und ordentlich gebraucht worden sind. Was aber in unserem Falle recht und ordentlich brauchen heisst, dafür sind lediglich die Art. 164 u. 165 der C. C. B. maassgebend. Da nun Schwarzenberg im Art. 165 die Vermögensnothwehr nicht sowohl verbieten, als die Beantwortung der Frage, inwiefern eine solche zulässig sei, der Wissenschaft zur Beantwortung überlassen will, so will er auch mit den Worten des Art. 175 »Item so eyner zur rettung eynes andern leib, leben, oder gut jemandt erschlecht« nur Folgendes besagen: Sollte die Ansicht, die ich gegenwärtig noch bestritten sehe, dass nämlich die Vermögensnothwehr uneingeschränkt gestattet sei, in der Wissenschaft als die richtige anerkannt werden, so sei auch die Nothwehr zum Schutze fremden Gutes bedingungslos erlaubt; würde aber die Ansicht, nach welcher der Vermögensnothwehr nur unter gewissen Voraussetzungen (Angriff mit tödtlichen Waffen, Unersetzlichkeit des drohenden Schadens) für rechtmässig gilt, in der Wissenschaft die Oberhand gewinnen, so bleibe auch die Tödtung zur Rettung fremden Eigenthums nur unter den gleichen Einschränkungen straflos [1].

1) Hätte das gemeine deutsche Strafrecht noch Gültigkeit, so müsste auf Grund obiger Deduktion und auf Grund des römischen Rechts, das ja nach Art. 104 u. 105 der C. C. C. in dieser Sache entscheidend ist, und auf das auch am

Die Frage, ob auch einem Dritten, welcher dem Angegriffenen Hülfe leistet, die Rechtmässigkeit der Vertheidigung zu Statten komme, wurde, wie wir sahen, von dem Klagspiegel nach dem Vorgange älterer italienischer Juristen, wie Albertus Gandinus [1] und Bonifacius de Vitalinis [2], nur unter der Voraussetzung eines näheren persönlichen Verhältnisses zwischen dem Angegriffenen und dem Dritten bejaht. Bei Angelus Aretinus [3] ist diese Beschränkung weggefallen: Cuilibet de populo licet defendere offensum! Ebenso in der C. C. B. Art. 175.

Zum Vorhandensein des moderamen inculpatae tutelae verlangt Angelus Aretinus [4] im Anschlusse an Baldus drei Dinge:

1) Factorum aequalitas d. h. Gleichheit der Angriffs- und Vertheidigungsmittel: wer ohne Waffen angegriffen wird, darf sich nicht mit solchen wehren. Greift z. B. A den B mit der Absicht an, ihm mit der blossen Hand einen Backenstreich zu versetzen, und wird er dabei von diesem mit dem Schwerte niedergemacht, so bleibt B nur dann straflos, wenn es sich herausstellt, dass er den ihm zugedachten Schlag nicht anders abwehren konnte [5]. Letzteres steht aber von vornherein ziemlich fest, wenn A ein »robustus«, B ein »debilis« war. Hier wiegt des Einen Faustschlag soviel wie des Anderen Schwertstreich [6]. Vergl. C. C. B. Art. 168.

2) Vicinitas temporis. Die Abwehr soll in ipso congressu vel successive immediate d. h. zu einer Zeit geschehen, wo der Schaden noch nicht wirklich zugefügt ist, es müsste denn derselbe durch die Gegenwehr noch rückgängig gemacht werden können (»quando esset tale factum, quod revocari potest et in pristinum statum reduci«) [7]. Wenn also Titius den Cajus, der ihn zuvor verwundete und dann floh, verfolgt und auf der Flucht erschlägt, so ist er strafbar, weil er nicht sowohl in

Ende des Art. 150 indirekt verwiesen wird, die Nothwehr zur Rettung sowohl des eigenen als des fremden Vermögens durchaus straflos bleiben.

1) R. de defension. a reis fac. n. 1 ff. n. 11.

2) R. qui alium possit offendere n. 2.

3) Gl. et dictus Titius n. 1, 2, 4.

4) L. c. n. 18.

5) L. c. n. 22: Pone quidam fecit contra me insultum sine ullo genere armorum volens mihi dare unam maxillatam manu vacua; ego ne percuterer, gladio ipsum interemi, an puniar?

6) L. c. n. 25: Quid si robustus utitur contra debilem tantummodo pugno, numquid debilis possit uti gladio? Glossa in d. l. 1 dicit quod sic et idem tenent ibi Cynus, Bartolus, Baldus.

7) L. c. n. 17.

Nothwehr gehandelt, als unerlaubte Rache geübt hat [1]. Vergl. C.C.B. Art. 167 Abs. 4.

3) Ut tanta sit expulsatio, quanta est necessitas defensionis.

Wie dem Dritten, der dem widerrechtlich Angegriffenen beispringt, die Rechtmässigkeit der Vertheidigung zu Statten kommt, so bleibt auf der anderen Seite die Verletzung eines jeden straflos, der sich dem Angreifer zugesellt und sich so zum socius criminis gemacht hat. Eine andere Frage ist es freilich, wie die Verletzungen zu beurtheilen sind, die der in Nothwehr Befindliche dem Angreifer zugedacht hat, die aber wider seinen Willen einen dritten Unbetheiligten treffen. Angelus Aretinus (l. c. n. 33) berührt diese Frage sehr kurz mit den Worten: Quamvis socium criminis possim offendere, non tamen possum offendere mediatorem vel alium circumstantem, qui se de crimine non impedit, alias teneor, ut d. § qui cum aliter (= l. 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2). Die Kürze dieser Ausführung und das Bedürfniss, die Art und Weise der von Angelus behaupteten Haftung kennen zu lernen, mögen wohl die Mitarbeiter Schwarzenbergs gezwungen haben, hier die Quellen selbst einzusehen, wenigstens muss man dies bei der grossen Aehnlichkeit der l. cit. mit dem Art. 171 der C. C. B. wohl oder übel annehmen. Der genannte Artikel ist aber nicht bloss desshalb interessant, weil er zu den wenigen gehört, die direkt auf den Quellen fussen, sondern auch weil durch ihn die bei der Tödtung in Nothwehr nach vielen mittelalterlichen Statuten übliche Compositionspflicht (»Buss und Besserung«) wenigstens an einem Punkte noch erhalten wurde. Der Art. 171 sagt nämlich ausdrücklich: »der ist auch von peynlicher straff entschuldigt« und nicht, wie der Art. 164, »der ist darumb niemant nichts schuldig«. Schwarzenberg durfte in dieser Beziehung deutsches Recht um so eher fortleben lassen, als dasselbe, was den praktischen Erfolg betrifft, mit dem römischen Rechte übereinstimmte, spricht doch auch die l. 45 § 4 nur von einer Haftung ex lege Aquilia, also von Privatstrafe [2].

Die Frage, ob gegen eine Weibsperson rechte Nothwehr geübt werden könne, wird weder von Angelus Aretinus noch einem der italienischen Juristen berührt. Was Schwarzenberg zu einer verhältnissmässig weitläufigen Behandlung derselben veranlasst hat, ob ein spezieller Fall der bambergischen Praxis, muss dahin gestellt bleiben [3].

1) L. c. n. 36: Mitius tamen punietur, non tanquam dolosus, sed tanquam culposus.

2) Vergl. Seeger, Abhdlgen. II. S. 318. Note 2.

3) Auch die deutschrechtlichen Quellen bieten hiefür keinen Anhalt, nur das Edictum Rotharis (cap. XXXIV Add. 2. Herold) enthält die hingeworfene

Mit seinen Vorschriften über den Beweis der Nothwehr steht Angelus Aretinus desshalb bedeutend höher als seine Vorgänger und als der Klagspiegel, weil er sich nicht, wie jene, mit der Aufstellung einiger kahler Präsumptionen begnügt, sondern das Beweisthema genau zu fixiren und die Beweislast sachgemäss zu vertheilen sucht.

Angelus Aretinus geht dabei von dem Grundsatze aus, dass die von dem Beklagten begangene Handlung so lange als rechtmässig zu betrachten sei, als zur Annahme der Nothwehr ein erheblicher Grund vorliege.

Diesem Grundsatz entsprechend erscheint der Einwand der Nothwehr — er trägt den civilprocessualischen Namen exceptio — bei Angelus formell wie materiell sehr begünstigt: einmal darf sich der Beklagte zum Beweise desselben solcher Zeugen bedienen, die unter gewöhnlichen Umständen als verdächtig zurückzuweisen sind, sodann braucht er überhaupt nur darzuthun, sibi terrorem armis illatum esse, und es wird sofort präsumirt, er habe in Lebensgefahr gestanden und demnach mit vollem Rechte von der Nothwehr Gebrauch gemacht. Ganz ebenso die C. C. B. Art. 167! Hat der beklagte Todtschläger »die erste tetliche anfechtung oder benöttigung« nachgewiesen oder der Kläger dieselbe zugegeben, so ist es Sache des letzteren, darzuthun, dass der Angegriffene keine rechte entschuldigte Nothwehr geübt. Kann er dies nicht, so ist eben die Nothwehr des Beklagten als ausgeführt anzusehen und er desshalb freizusprechen. Augenscheinlich selbständig hat Schwarzenberg den Fall normirt, wo sich Jemand bei einem von Niemand gesehenen Todtschlage des Einwandes der Nothwehr bedienen will; wenigstens bieten die Italiener hiefür keinen Anhalt. Nur Gandinus [1]) (und mit ihm der Klagspiegel) sagt auf die Frage, wie man wissen könne, ob ein Todtschlag aus Rache oder aus Nothwehr geschehen sei: Factum et factorum quantitas hoc indicat. Was Gandinus mit zwei Worten andeutete, hat Schwarzenberg in einem ganzen Artikel ausgeführt, indem er die Richter auf alle aus den indivi-

Aeusserung, dass eine Frau keine gewaltsame Heimsuchung oder Wegelagerung begehen könne, da es absurd sei, einer Frau, wie einem Manne, die Ausführung einer Vergewaltigung zuzumuthen. Da nun das Edictum Rotharis als Theil der Lombarda von den italienischen Praktikern sicherlich gekannt und berücksichtigt wurde, hoffte ich die Frage etwa bei Albertus Gandinus behandelt zu finden, allein das Erwartete traf nicht zu. An eine Kenntniss des Edictum Rotharis durch Schwarzenberg auch nur denken zu wollen, wie Zöpfl (Archiv des C.-R. 1842. S. 137. Note 22) thut, wäre eine bodenlose historische Spielerei.

1) R. de defens. a reis fac. n. 5; vergl. den Klagspiegel. Bl. 172c.

duellen Verhältnissen entspringenden Vermuthungen, die für oder gegen die Annahme der Nothwehr sprechen, aufmerksam macht.

Durch die Darstellung der allgemeinen strafrechtlichen Lehren des Klagspiegels haben wir bei weitem das Wichtigste bezeichnet, was Schwarzenberg aus diesem Werke, wenn auch meist erst nach vorgängiger Ueberarbeitung, in sein Gesetzbuch herübernehmen konnte.

Von um so geringerer Bedeutung ist das, was unser Rechtsbuch über die einzelnen Verbrechen sagt. Es behandelt in seinem zweiten Theile sehr viele »Uebelthaten«, die auch in der C. C. B. ihren Platz erhalten haben, aber bei den meisten bietet weder die Zeichnung des Thatbestandes noch auch die Strafsatzung einen Anhalt dafür, dass Schwarzenberg der Darstellung desselben eine besondere Aufmerksamkeit geschenkt, oder gar dafür, dass er die Kenntniss des römischen Strafrechts ihm allein zu verdanken hat.

Die Erklärung für diese auffallende Thatsache ist einmal darin zu suchen, dass Schwarzenberg die Thatbestände einer Reihe im Klagspiegel aufgeführter Verbrechen dem deutschen Gewohnheitsrechte entnommen hat, sodann sicherlich in dem Umstande, dass der Klagspiegel fast nur das Strafrecht der römischen Quellen wiedergibt, dem Bedürfnisse eines deutschen Gesetzgebers also viel weniger entsprechen konnte als die Werke der italienischen Criminalisten des 14. und 15. Jahrhunderts, die ein mit kirchlichen und germanischen Rechtselementen durchsetztes, für die Reception gewissermaassen vorbereitetes römisches Recht vortragen. Wie wenig sich die Kenntnisse, die Schwarzenberg im sog. kaiserlichen Rechte besass, in den vom Klagspiegel gezogenen Grenzen bewegen, haben wir im Vorigen recht deutlich gesehen. An Gelegenheit, neue Belege beizubringen, wird es nicht fehlen.

Im Folgenden sollen diejenigen Verbrechen hervorgehoben werden, deren Behandlungsweise im Klagspiegel und in der C. C. B. soweit übereinstimmt, dass sich ein Einfluss des einen auf die andere vermuthen lässt.

1) Die Vergiftung. Der Klagspiegel behandelt dieses Verbrechen nach der Auffassung der lex Cornelia de sicariis als eine Species des homicidium und stellt dabei in Uebereinstimmung mit demselben römischen Gesetze und der älteren italienischen Jurisprudenz den Versuch des Giftmordes, sowie einzelne Vorbereitungshandlungen zu demselben (Kaufen, Bereiten des Giftes), vorausgesetzt dass sie animo necandi geschahen, der Vollendung in der Strafe gleich (Bl. 174 c, vergl. Bl. 177 a).

Wenn man es Schwarzenberg immer zur Ehre angerechnet hat, das Verbrechen der Vergiftung seiner Natur nach richtig erfasst und jene durch abergläubische Vorurtheile erzeugte, eben darum so gefährliche Verbindung der Vergiftung mit der Zauberei gelöst zu haben, so erhalten die Bestimmungen des Klagspiegels, so kurz sie sein mögen, immerhin eine gewisse Bedeutung und hätten von Gengler [1]) in seiner historischen Darstellung des Verbrechens der Vergiftung wohl berücksichtigt werden dürfen. Ich will nun nicht gerade behaupten, dass jene Stellen des Klagspiegels allein Schwarzenberg zu der Neuerung des Art. 155 veranlasst haben, denn eine genaue Betrachtung zeigt, dass die richtige Auffassung schon vor der C. C. B. offenbar unter dem Einflusse des fremden Rechtes im Süden von Deutschland Eingang gefunden hatte und die Anschauung der Rechtsbücher und zahlreicher Statutarrechte, die in der Vergiftung, wie bemerkt, ein Stück Zauberei', somit einen Abfall vom christlichen Glauben sahen, zu verdrängen anfing; Beweis Ruprecht von Freysing (II. c. 20), welcher einen Mörder auch denjenigen nennt und mit dem Rade bedroht, »der ainem gifft eingeit zue essenn davon er stirbt«; Beweis ferner die Gerichtspraxis der Stadt Nürnberg, welche die Vergiftung als einen Mord mit dem Rade, bei Weibern mit dem Lebendigbegraben und Ertränken und, wenn sie an Ehegatten oder nahen Verwandten begangen worden, ausserdem noch mit Schleifen und Zangenreissen bestrafte [2]).

Gengler ist sehr geneigt, den Art. 155 auf Ruprecht von Freysing zurückzuführen. Wenn man aber die angegebenen Stellen des Klagspiegels, eines Buches, das Schwarzenberg nach unseren Ausführungen doch zweifellos benutzt hat, in Betracht zieht und bedenkt, dass die C. C. B. die richtige Auffassung überdies bei allen italienischen Juristen [3]) vorfand, so wird man kaum das Bedürfniss fühlen, auf eine

1) Die strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung. Heft 1. Bamberg. 1842.

2) Siebenkees, Materialien zur Nürnberg. Geschichte. Bd. II. S. 532—50, 592—600.

3) Angelus Aretinus Gl. ex intervallo n. 16, dazu Augustinus. Bonifacius de Vitalinis R. de homicidio. Hippolytus de Marsiliis Com. ad leg. Cornel. Der grösste Theil der italienischen Juristen betrachtet das veneficium als eine besonders schwere Art der Tödtung theils auf Grund von l. 1 C. de malefic. et math. 9, 18, theils wegen der zur Wesenheit des Verbrechens gerechneten Heimlichkeit der Begehung (Veneficium delictum occultum!). Das letztere Moment leitete sie darauf hin, den Giftmord als ein homicidium proditorium zu charakterisiren. So schon Baldus in seiner lectura ad l. 4 C. de summa trinit. 1, 1; Augustinus l. c.: ille, qui occidit veneno, dicitur proditor.

Quelle zurückzugehen, deren Verwendung durch Schwarzenberg, wie wir früher zeigten, geradezu in Abrede zu stellen ist. Könnte festgestellt werden, dass Schwarzenberg bei der Redaktion des Art. 155 die erwähnte Bestimmung des Klagspiegels vor Augen gehabt hat, so wäre damit auch eine Erklärung für den sonst schwer verständlichen Umstand gewonnen, dass die C. C. B. nicht nur die Tödtung, sondern auch die Gesundheitsbeschädigung durch Vergiftung mit der Todesstrafe bedroht. Es widerspricht derselbe sowohl der Ansicht der neuern italienischen Criminalisten[1], die, abweichend vom römischen Rechte, die Todesstrafe nur beim vollendeten Giftmorde eintreten lassen, als auch der mittelalterlichen Rechtsanschauung, welche die Vergiftung als einen Akt der Zauberei ohne irgend welche Rücksicht auf den Erfolg bestraft. Will man nun weder an eine Nachwirkung des altgermanischen Rechtes[2] denken, das neben dem Tode auch eine varietas und debilitas corporis als Wirkung des Giftes kennt, noch auch den Grund jener Gleichstellung, wie Gengler[3], lediglich in der Criminalpolitik Schwarzenbergs suchen, so bietet der Klagspiegel noch ein Mittel der Erklärung. Dieser setzt mit den älteren italienischen Criminalisten[4] die Todesstrafe nicht bloss auf den vollendeten, sondern auch auf den versuchten (ja durch gewisse Handlungen vorbereiteten) Giftmord. Durfte Schwarzenberg angesichts dieser Bestimmung nicht mit vollem Rechte die Gesundheitsbeschädigung und die Tödtung durch Gift in der Bestrafung auf gleiche Linie stellen[5]?

2) Die Tödtung im Raufhandel. Der Klagspiegel[6] behandelt sie in verschiedener Weise, je nachdem die Haftung der an der Rauferei Betheiligten eine bloss civilrechtliche oder eine criminelle ist. Bestimmt sich die Haftung der Theilnehmer nach der privatrechtlichen lex Aquilia, so gilt Folgendes:

1) Cf. Augustinus l. c.

2) L. Ribuariarum 83, 2. Von Interesse ist in dieser Beziehung das Augsburger Stadtrecht (Ausg. v. Ch. Meyer) S. 109: Vergit aber iemen dem andern daz im an den lip gat, er genaese oder staerbe, mag er oder sine friunt daz hinz im bringen selb sibende, so soll man uber in richten als umbe daz mort mit dem rade.

3) S. 207.

4) Uebrigens thun dies noch Angelus Aretinus l. c. und Damhouder Pract. caus. criminal. c. LXXIV.

5) Ich setze dabei voraus, was gewiss mit Unrecht bestritten worden ist (Gengler S. 207 ff), dass Schwarzenberg im Art. 155 von einer animo necandi verursachten Gesundheitsbeschädigung spricht. S. Wächter, Lehrb. II. § 175.

6) Tit. de actione legis Aquiliae Bl. 126 b, c. und Tit. ad leg. Cornel. de sic. Bl. 175 b, c, d.

»Ist daz man erkennt oder sicht auss welches streich er [1]) gestorben sey der ist schuldig als ob er getödt habe. die anderen seind schuldig vom verwunden wann es soll eyns yegklichen darzu gesamelt streich oder schlag angesehen werden. ff. ad l. cornel. de sicc. Wo aber nit gesehen oder erkennt mag werden von weliches schlagen er gestorben ist. sy seind all als ob sy getödt hetten schuldig. vmb des willen das das malefitz die sünde dye sy begangen haben nit vngestrafft beleybe. ff. ita vulneratus« (= l. 51 D. ad leg. Aquil. 9, 2).

Will man die Thäter ex lege Cornelia haften lassen, so hat man zu unterscheiden, ob sie den Streit begonnen haben mit der vorgefassten Absicht zu tödten, in diesem Falle sind alle des Todes schuldig, gleichviel in welcher Weise der Einzelne thätig geworden ist. Kann aber ein solcher animus necandi nicht nachgewiesen werden, so ist ein jeder nur nach Maassgabe der von ihm entwickelten Thätigkeit zu bestrafen [2]). Weiss man also nicht, von wessen Hand der Getödtete die Todeswunde empfangen hat, so darf über keinen der Theilnehmer die Todesstrafe verhängt werden, sondern höchstens eine extraordinäre Strafe eintreten.

Auf Bl. 183 a stellt der Klagspiegel endlich noch eine Vorschrift auf, die von der italienischen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts [3]) als durch die communis opinio missbilligt bezeichnet wird, die nämlich, dass der auctor rixae (»vrsacher, anheber«) ohne Rücksicht auf seine Thätigkeit für die Tödtung zu haften habe.

Diese Bestimmungen in geschickter Weise vereinigt zu haben, ist ein Verdienst der Wormser Reformation [4]). Sie that dies in der Weise,

1) Der Klagspiegel spricht zunächst nur von dem Sklaven (»eygen menschen«), fügt aber Bl. 126 d ausdrücklich hinzu: »vnd daz ich gesprochen han von dem eygen menschen von vilen gewundt tödtlich oder nit tödtlich. zu einer zeyte oder nit zu eyner zeyt. das wirt auch gehalten so eyn freyer mensche gewundt wirt«. Dieser Beisatz stimmt mit dem Original, obgleich er ihm nicht gerade widerspricht, keineswegs überein. Azo (Summa ad Cod. lib. III. de lege Aquilia n. 23) sagt: Et quod dixi in servo a pluribus vulnerato mortaliter vel non mortaliter diversis horis et in uno homine vulnerante servatur.

2) Bl. 155 b: »Item in dysem rechten soll eins yegklichen schlag beschawet werden auff das ein yegklicher nach seym schlagen gestrafft werd. wann also wirt als schwärlich der gestrafft der leychtlich oder nur ein wenig geschlagen het als der der mit eym grossen schlegel oder karst geschlagen vnd tödtlich verwundt het«. Wie man sieht, behandelt der Klagspiegel die Tödtung im Raufhandel durchaus nicht mit Rücksicht auf die zufällige Theilnahme am Verbrechen, sondern lediglich mit Bezug auf die Beweisfrage. Für den Standpunkt, den man bei Interpretation des Art. 174 der C. C. B. einzunehmen hat, ist dies sehr wichtig. Vergl. Hälschner, System I. S. 380.

3) Cf. Julius Clarus l. c. § homicidium n. 39.

4) Bch. 6, Th. 2, Tit. 19. S. oben S. 135.

dass sie die Bestrafung der Raufer in erster Linie davon abhängig machte, ob sie den Auflauf »vorbetrechtlich des gemüts vnd meinung totzuschlagen« herbeiführten oder nicht, und sich für den ersten Fall der Entscheidung des Klagspiegels anschloss, während sie für den letzteren die Vorschriften der lex Aquilia (l. 11 § 1) adoptirte. Die Wormser Reformation war es, auf der Schwarzenberg weiter baute.

Während er ihren Dispositionen nicht nur insofern folgt, als er bei dem sogenannten Mordcomplotte die Theilnehmer alle ohne Rücksicht auf die Thätigkeit des Einzelnen mit dem Tode bestraft, sondern auch insofern, als er bei einer zufällig entstandenen Schlägerei den Thäter, durch dessen Hand nachgewiesenermaassen die Entleibung geschehen war, allein als Todtschläger behandelt, weicht er in der Beurtheilung des Falles wesentlich von ihr ab, wo der Tod des von Mehreren Verwundeten keinem Einzelnen nachgewiesen werden kann. Im Gegensatze zu dem wormser Gesetzbuche, das auch hier alle an der Schlägerei Betheiligten für todeswürdig erklärt, verlangt er zur Bestrafung Aller oder Mehrerer wegen Tödtung, dass sich am Getödteten lauter bez. mehrere tödtliche Wunden vorfinden, d. h. er macht die Verhängung der Todesstrafe bei jedem Theilnehmer von dem Beweise des Beibringens einer tödtlichen Wunde abhängig.

Es hält nicht sehr schwer zu sagen, welche Gründe es gewesen sind, die Schwarzenberg zu dieser Abänderung der Wormser Reformation veranlasst haben. Zweifelsohne rieth ihm dazu in erster Linie sein eigenes Gerechtigkeitsgefühl. Dass die Disposition der Wormser Reformation an einer ungerechten Härte leide, das musste auch einem minder begabten Gesetzgeber als Schwarzenberg klar werden, sobald er es versuchte, dieselbe ins Praktische zu übersetzen. War es in der That billig, sämmtliche an der Rauferei Betheiligten mit dem Tode zu bestrafen in dem Falle, wo entweder nur eine (nicht nachweisbare) tödtliche Wunde mit noch anderen unbedeutenden vorlag, oder wo das Zusammenwirken der einzelnen nicht tödtlichen Verletzungen den Tod herbeigeführt hatte? Sicherlich nicht! Schwarzenberg glaubte also vor Allem im Interesse einer milderen Gerechtigkeit zu handeln, wenn er die Todesstrafe auf diejenigen Theilnehmer an der Rauferei beschränkte, denen tödtliche Verletzungen nachgewiesen waren. Wenn er diese mit dem Tode bestrafte, so geschah es immer noch auf Grund einer Vermuthung, denn der Mensch kann nur einmal getödtet werden, allein einer allzugrossen Härte der Präsumption war doch die

Spitze abgebrochen, sie selbst begreiflich und in gewisser Beziehung entschuldbar [1]).

Ich glaube nicht zu weit zu gehen, wenn ich behaupte, dass der Klagspiegel diesen Gedankengang Schwarzenbergs bedeutend gefördert hat. Im Tit. de actione legis Aquiliae Bl. 126 c, d bespricht derselbe den Fall, wo Mehrere einen Sklaven oder freien Menschen nicht gleichzeitig, wie dies in rixa geschieht, sondern nacheinander der eine heute, der andere morgen verwundeten, und trifft da die Entscheidung, dass bei Nichttödtlichkeit der einzelnen Wunden jeder nur de vulnerato hafte, de occiso dagegen, sobald eines jeden Wunde tödtlich, mit anderen Worten es gewiss war, dass der Verletzte in Folge einer jeden der mehreren Wunden hätte sterben müssen. Wichtig ist nun die Begründung [2]), die der Klagspiegel dieser Entscheidung beifügt: »Item der hat nit allein getödt der als bald das leben genommen hat sunder auch der auss des verwunden man gewiss ist das er sterben muss. vnd wölicher schetzt daz soliches vnbillich vom rechten gesetzt sey der gedenckt das noch vil vnbilliger ist. das ir keiner dyser klage gestraft wirt oder nur einer. wann es soll die malefitz überal nicht vngestraft bleyben. so kanst du auch nit wol wissen mit wölicher billicher straff diser gestraft werde«.

Immer noch im Zusammenhang mit dem Vorigen erklärt er Bl. 126 d weiter: »Item man vindt vil in weltlichen rechten gesetzt das wider die vernunfft vnd subtilikeyt des disputierens ist. vnd ist doch vmb gemeins nutz willen aufgesetzt. Nym war wo vier ein grossen balcken stelen den keiner allein stelen möcht noch tragen. die seind all schuldig des diebstals. wie wol auss subtiler vrsach vnd vernunft gesprochen möcht werden das jr keiner schuldig wär des diebstals. wann es sey war daz jr keiner den balcken hinweg hab getragen«. Ebenso — dies ist augenscheinlich der Schluss des Klagspiegels — hafte von mehreren tödtlich Verwundenden jeder de occiso, obwohl an sich keiner von ihnen getödtet habe.

Schwarzenberg durfte sich diese Deduktion des Klagspiegels um so eher aneignen, als er dadurch zu einem Resultate gelangte,

1) Heffter, Lehrb. § 244. Note 5 findet die in Frage stehende Bestimmung der C. C. B. a. 174 (C. C. C. a. 148) durchaus rationell. Sie ist es indessen nur in dem Falle, wo die zugefügten Verletzungen solche sind, die absolut tödtlich waren. Vergl. Wächter in der sächsischen Gerichtszeitung (von O. Schwarze) Jahrg. 1868. S. 67.

2) Vergl. l. 51 § 2 D. ad leg. Aquil. 9, 2.

das auch von der gleichzeitigen italienischen Jurisprudenz gebilligt wurde [1]).

1) Man vergleiche über das homicidium in rixa: Jacobus de Bellovisu l. III c. XXVIII n. 8—17. — Albertus Gandinus R. de homicid. eorumque poenis n. 12, 13. — Petrus de Ferrariis Practica aurea (Colon. 1576 fol.) pag. 542 (forma inquisitionis). — Durantis Spec. l. IV. p. 4 de homicidio n. 5. — Bartolus lect. in l. 17 D. ad leg. Cornel. de sicc. 48, 8. — Bonifacius de Vitalinis R. de insultu, percussione n. 30 und R. quid sit accus. n. 71. — Angelus Aretinus Gl. et Andream Marci lanif. n. 19 ff. — Augustinus ad Angelum Aret. l. c. — Hippolytus de Marsiliis § constante n. 77. — Paulus Ghirlandus de relaxatione carceratorum II (de absolut. innocentis) qu. 5, 6. — Julius Clarus § homicidium n. 37 ff. Die Art, wie sich die Lehre vom homicidium in rixa bei den italienischen Juristen entwickelt hat, entspricht durchaus dem Fortgange, den dieselbe in Deutschland durch den Klagspiegel, die Wormser Reformation und die C. C. B. erfahren hat. Albertus Gandinus, wie in vielen Dingen, so auch hier unter den ersten, die mit einer gründlichen Erörterung der Frage hervortraten, hatte im Anschluss an einen Parmenser Rechtsfall und die Besprechung desselben durch Albertus Papiensis die Ansicht aufgestellt, dass die Theilnehmer an einer Rauferei, in der ein Mensch umkam, nur dann insgesammt zum Tode verurtheilt werden dürften, wenn feststehe, dass sie dieselbe animo necandi herbeigeführt; sei dies nicht gewiss, auch der Urheber der Todeswunde nicht nachzuweisen, so könnten sie nur mit einer poena extraordinaria bestraft werden. Die Richtigkeit des ersten Theils von Gandinus' Behauptung ist von keinem italienischen Juristen bestritten worden, um so mehr die des zweiten. Kein geringerer als Bartolus trat mit der Behauptung auf, dass wegen einer in rixa geschehenen Tödtung alle Theilnehmer mit dem Tode zu bestrafen seien, wofern nicht ausgemittelt werden könne, welcher von ihnen dieselbe herbeigeführt habe. In seinem berühmten Commentar zur l. 17 D. 48, 8 sagt er Folgendes: Quandoque non potest apparere, cujus ictu quis decesserit, et hoc potest contingere duobus modis. Primo quia nullum vulnus per se erat mortale, sed vulnera utriusque simul juncta erant mortalia: isto casu omnes puniuntur de homicidio. Quandoque non potest apparere, cujus ictu perierit, quia ignoratur, quis eorum illam percussionem fecerit. Constat, quod omnes percusserunt, sed non constat, quis eorum illam percussionem fecerit, quae est mortalis, nec constat de prioritate vel posteritate, et isto casu dico, quod omnes punientur, nam omnes praesumuntur simul vulnerasse, sicut alibi, ubi de ordine non apparet, praesumuntur simul decessisse. Die Ausführungen des Bartolus scheinen in der italienischen Jurisprudenz lange maassgebend gewesen zu sein, denn noch Angelus Aretinus gibt dieselben unverändert wieder, und auch Augustinus greift dieselben nicht principiell an, bis am Ende des 15. Jahrh. die Ansicht Boden gewann, die bereits Juristen aus der ersten Hälfte des 16., wie Placa und Didacus, als die unzweifelhaft richtige und durch die communis opinio gebilligte bezeichnen, die nämlich, dass die Verhängung der Todesstrafe bei jedem Theilnehmer vom Beweise des Beibringens einer tödtlichen Wunde abhängig zu machen sei. Dies gab der Lehre vom homicidium in rixa die Gestalt, die sie in der C. C. B. erhalten hat. Cf. Jul. Clarus l. c. n. 37: Tertius autem est casus, quando certo apparet homicidium ipsum ex improviso et in rixa commissum. Et tunc est etiam distinguendum, prout etiam multis modis potest haec incertitudo considerari. Aut enim est unicum vulnus illatum, ex quo vulneratus decessit, et ignoratur, quis ex pluribus illud intulerit, et tunc omnes puniuntur de occiso, non tamen poena ordinaria

Für die Strafe der »beystender«, »helffer« und »vrsacher«[1]), von deren Hand der Entleibte nicht tödtlich verwundet worden ist, und für sonstige schwierige Vorkommnisse verweist die C. C. B. die Richter auf den Rath der Rechtsverständigen. Schwarzenberg denkt hier an den schwierigen Fall, wo eine tödtliche Wunde, sei es allein, sei es mit anderen unbedeutenden vorliegt, in ihrem Ursprung aber nicht festgestellt werden kann. Diesen Fall hat auch die Wormser Reformation[2]) ins Auge gefasst. Während aber Schwarzenberg die Entscheidung desselben einfach den Rechtsverständigen überlässt d. h. der Wissenschaft anheimstellt, verordnet jene gegen die Theilnehmer am »vffrur« die Folter und, wenn diese kein Geständniss herbeiführt, mit ebenso grosser Humanität als juristischer Consequenz Freisprechung.

3. Der Selbstmord. Der Klagspiegel spricht von demselben im Tit.: »Von den die yn selbs den tod ton« (Bl. 192 a) und im Tit.: »Wo der verklagt oder klager oder der schuldig tod wär oder stürbe« (Bl. 167 b). Am ersteren Orte macht er folgende Unterscheidung: Entweder tödte sich Jemand »aus gewissheit der übeltat« oder aus einer anderen Ursache »als von vngedultigkeit dess wetagen vnd schmertzen seiner krankheit oder das er sich scheme das er so vil schuldig sey. ob pudorem aeris alieni«. Im letzteren Falle dürfe seinen Erben das Vermögen keinesfalls genommen werden. Im ersteren dagegen sei es ungewiss. Schliesse das begangene Verbrechen jede Vermögensconfiscation aus (wie z. B. das furtum), so werde die Hinterlassenschaft des Selbstmörders den Erbberechtigten gelassen, sei dasselbe dagegen ein solches, dessen gerichtliche Verfolgung auch nach dem Tode des Thäters stattfinden könne (wie z. B. das crimen repetundarum, laesae majestatis, peculatus), so werde sie ihnen genommen, aber nur post litem contestatam

homicidii, sed tantum poena extraordinaria. Aut vero sunt plura sunt illata vulnera et certi sunt vulneratores et certa etiam vulnera ab ipsis singulis illata, sed ignoratur, ex quo vulnere in specie mortuus sit. Et tunc aut omnia vulnera erant lethalia, et omnes tenentur de occiso et in hoc non videtur dubitandum. Aut vero unum, vel plura erant lethalia et aliqua non lethalia, et tunc illi tantum, qui intulerunt lethalia, tenentur de occiso, alii vero de vulneribus tantum. Et haec est omnium fere communis opinio etc.

1) Dass unter dem »vrsacher« der auctor rixae zu verstehen ist, kann nach der oben angezogenen Stelle des Klagspiegels Bl. 173 a. und nach der italienischen Jurisprudenz nicht zweifelhaft sein. Cf. Albertus Gandinus, R. de defens. a. reis fac. n. 11. Bonifacius de Vitalinis, R. de insultu, percussione n. 30. Angelus Aretinus, Gl. et Andraeam Marci lanif. n. 21.

2) Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 i. f., vergl. oben S. 135.

und in dem Falle, wo der Selbstmörder zuvor auf der That ergriffen worden. Dies sind die Ausführungen, von denen Hälschner[1]) fest glaubt, dass sie von Schwarzenberg bei der Abfassung des Art. 160 benutzt worden seien. Wer dieselben aufmerksam betrachtet, sieht sofort, dass sie das römische Recht nur in ungenauer Weise wiedergeben. Der Grund dieser Ungenauigkeit liegt in einer nachlässigen Uebersetzung von Azos Summa[2]). Letztere unterscheidet nicht, ob das Verbrechen, um dessentwillen sich Jemand tödtete, ein solches war, das jede Confiscation ausschloss, oder ein solches, das noch nach dem Tode des Thäters verfolgt werden konnte, sondern sagt deutlich: Sed in primo casu distinguitur, an erat tale crimen, ob quod non erant publicanda bona (puta furtum) et tunc non auferuntur bona heredibus: a n e r a n t p u b l i c a n d a. Item si erat crimen cujus accusatio poterat inchoari post mortem. Der Umstand, dass Schwarzenberg die fehlerhafte Aufstellung des Klagspiegels vermied, ist mir der beste Beweis, dass er sich bei der Redaktion des Art. 160 nicht an ihn, sondern direkt an die Schriften der italienischen Juristen gehalten hat. In diesen ist, was die Zulassung der Vermögenseinziehung bei Selbstmördern betrifft, ein Fortgang bemerkbar. Wie ältere Schriftsteller in der Sache dachten, zeigt uns z. B. Jacobus de Bellovisu (l. III. c. XVIII. n. 1): Si occiditur, tunc aut ipsemet se occidit, aut ab alio: si ipsemet se occidit, tunc metu criminis, cujus accusatio, institui poterat post mortem, et tunc bona publicantur, nisi per haeredem defendatur et defunctus innocens reperiatur. S i a u t e m s e o c c i d i t m e t u a l t e r i u s c r i m i n i s, q u o d e r a t p u b l i c u m e t c a p i t a l e, ut homicidium et similia, tunc, si antequam deprehendatur vel accusetur vel lis contestetur, se occidit, non publicantur ejus bona, alias autem sic etc. Das Vermögen desjenigen, der sich um eines begangenen Verbrechens willen tödtete, soll also nicht bloss dann eingezogen werden dürfen, wenn wegen dieses Verbrechens auch post mortem geklagt werden kann, sondern überhaupt dann, wenn dasselbe ein crimen publicum et capitale ist, Letzteres desshalb, weil Jacobus nach dem älteren römischen Rechte (L. 1 pr. 2 D. de bonis damnat.) die Gütereinziehung als die unmittelbare Selbstfolge jeder Verurtheilung zu einer Capitalstrafe betrachtet. Dieser Ansicht hat sich die C. C. B. Art. 160 bis ins Einzelne angeschlossen[3]), was ihr umso-

1) Geschichte S. 90, Anm. 14.

2) Ad Cod. lib. IX. tit. de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt.

3) Insbesondere muss der Selbstmörder, dessen Güter eingezogen werden sollen, vor der Entleibung schon beklagt oder beim Verfahren von Amtswegen

weniger zu verargen ist, als sie die Vermögensconfiscation als Ipso-jure-Folge der Verurtheilung zu einer Todesstrafe in zahlreichen deutschen Statuten vorfand[1]. Indessen war bereits vor der C. C. B. in der italienischen Jurisprudenz die Frage aufgetaucht, ob der Tit. Digest. de bonis eorum, qui mortem sibi consciverunt[2] nicht durch das Novellenrecht, insbesondere durch die Authentica Bona damnatorum (Novella 134 cap. 13) abgeändert worden sei. Die Frage wurde ziemlich allgemein bejaht: derjenige, sagte man, der sich metu criminis entleibe, sei zwar kein »damnatus«, stehe aber mit diesem doch insofern auf gleicher Linie, als er die Confiscation doch immer nur unter der Voraussetzung erleide, dass er sie erlitten haben würde, wenn er verurtheilt worden wäre[3]. Weniger einig war man dagegen darüber, in welcher Weise die Authentica Bona damnatorum dem angegebenen Digestentitel derogirt habe. Da man den Selbstmörder metu criminis dem Verurtheilten gleichgestellt hatte, so erweiterte sich die Frage naturgemäss dahin, inwieweit das römische Recht nach der Novelle 134 die Einziehung der bona damnatorum überhaupt noch zulasse. Bartolus[4] gab folgende Lösung: Im römischen Rechte sei die Güterconfiscation theils ausdrücklich, theils stillschweigend (als Selbstfolge der Verurtheilung zu gewissen Strafen) angeordnet; nur in den Fällen, wo das Letztere zutreffe, gelte das Recht der Authentica Bona damnatorum. Mit Rücksicht auf den Selbstmörder, der sich aus Furcht vor der Anklage wegen eines Capitalverbrechens getödtet hatte, kommt

bereits »in recht gefordert« oder — dies jedoch nur nach der C. C. C. art. 135 — »inn recht bracht« worden sein.

1) S. oben S. 22.

2) Bez. Tit. Cod. de bonis eorum qui m. s. c. 9, 50.

3) Cf. Bartolus lect. in l. 3 § 8 D. de bonis eorum, qui mortem. 48, 21 i. f.: Ultimo quaero, an hodie iste titulus sit correctus per authenticam bona damnatorum? Quidam dicunt quod non, quia iste, qui se occidit, non fuit damnatus, propterea plus deliquit, commisit enim prius delictum et postea occidit seipsum. Doctores tenent contrarium. Nam per istum textum bona publicantur eo casu solo, quo, si sententiam paterentur, essent publicanda, ergo in casibus istis, in quibus non publicarentur, si sententiam fuisset passus per d. auth. bona damn., in illis non publicabuntur.

4) Lectura in l. 1 D. de bonis damnatorum 48, 20: Tertii, ut P. (?), dicunt: aut per legem auferuntur expresse bona et jura antiqua non corriguntur. Ita loquitur in d. auth. de incest. nupt., aut auferuntur tacite et tunc jura antiqua corriguntur. Ita loquitur in d. Auth. bona damnat. in illis igitur casibus, in quibus imponitur poena ademptionis bonorum expresse, non in consequentia alterius poenae, jura antiqua non corriguntur. Vergl. mit den Ausführungen von Bartolus die von Baldus in der lect. ad l. 2 C. qui testam. facere poss. 6, 22 und in l. 3 D. de bonis eorum, qui m. s. c. 48, 21.

also Bartolus augenscheinlich zu dem Schlusse, es könne dessen Hinterlassenschaft nur dann eingezogen werden, wenn jenes crimen capitale vom Gesetze ausdrücklich noch mit der Confiscation bedroht sei.

Dieses Resultat hat sich die C.C.C. Art. 135 angeeignet[1].

4. Das falsche Zeugniss. Im Titel ad legem Corneliam de sic. Bl. 174c sagt der Klagspiegel: »Item der ist schuldig diss rechten der in argerlist falsch zeügnuss geben hat do einer in gemein übelthat seins lebens verdampt wirt. ff. ad. l. corn. de sic. l. 1«. Auf diese Bestimmung des Klagspiegels hat Schwarzenberg wohl bedeutendes Gewicht gelegt. Sie schien ihm, wie vielen damals lebenden deutschen Juristen, die Bestätigung des Princips zu enthalten, welches das deutsche Recht bei der Bestrafung von zwei dem falschen Zeugnisse durchaus gleichartigen Verbrechen, der falschen Anklage und der gerichtlichen Verleumdung, von jeher angewendet hatte[2]: des Princips der Talion. Wenn derjenige, durch dessen falsche Kundschaft Jemand vom Leben zum Tode gerichtet worden war, mit dem Tode bestraft wurde, war damit nicht deutlich ausgesprochen, dass der falsche Zeuge überhaupt den Rückschlag der Strafe zu erdulden habe, die er durch seine unwahre Deposition über einen Anderen heraufbeschworen? Dass man zur Zeit Schwarzenbergs wirklich keinen Anstand nahm, diese Consequenz aus der vom Klagspiegel citirten l. 1 § 1 D. 48,8 zu ziehen, das beweist neben Perneders Halsgerichtsordnung[3] am besten die dem Anfange des 16. Jahrhunderts angehörige Glosse Langenbecks zum Hamburger Stadtrechte von 1497 M. XII.[4]: »Susz behordt sick in pynliken saken, dar me den schaden myt penningen nicht mach beleggen, indem des mynsken leuent myt penningen nicht ys tho vorgeldende vt in l. liber homo D. ad leg. Aquiliam. Darumme schalme dat boten myt ghelyker pyne alsze de hefft gheleden, den me valschliken hefft vertuget vt est textus in l. 1 § 1 D. ad leg. Corn. de sicar. Der Art. 79 der C.C.B. lässt keinen Zweifel

1) Die C. C. C. (art. 135 u. 218) hebt durchaus nicht alle Vermögensconfiscation ausser bei dem crimen laesae majestatis auf, wie die deutsche Praxis verleitet durch Carpzov Pract. qu. 135 n. 27 sq. angenommen hat. So liegt, um nur ein Beispiel anzuführen, die Vermögensconfiscation bei der Entführung art. 118, da sie vom röm. R. ausdrücklich angedroht ist, ganz in ihrem Sinne.

2) Osenbrüggen, Alam. Strafrecht S. 85.

3) Ausgabe von 1551. Fol. VII.

4) S. Lappenberg, Hamburg. Rechtsalterthümer. Bd. I. 1845.

darüber, dass Schwarzenberg jene Bestimmung der lex Cornelia de sicariis in gleicher Weise auffasste wie Langenbeck[1].

5. Verbrechen gegen die Sittlichkeit. Der Klagspiegel behandelt von ihnen das adulterium, das lenocinium, das stuprum und den raptus. Trotz vieler Uebereinstimmungen in der Sache merkt man doch auf Schritt und Tritt, dass Schwarzenberg hier eine andere Quelle vor sich gehabt haben muss, die ihm eine Benutzung des Klagspiegels völlig entbehrlich machte.

Auf der einen Seite findet man in der C. C. B. Manches, wofür man im Klagspiegel vergebens einen Vorgang sucht; so schweigt er über die Strafe des Mannes, der sich mit einer unverheiratheten Frau vergeht: er bemerkt nur ganz beiläufig, nach geistlichem Rechte könne die Ehefrau den untreuen Ehemann verklagen, auf der anderen Seite enthält der Klagspiegel Einzelnes, was wunderbarer Weise in der C. C. B. fehlt. So z. B. gibt der Klagspiegel auf Bl. 169d eine klare Definition des lenocinium mariti mit den Worten: »Item der ist leno. der sein frawen helt darzu das sy die ee bricht oder gelt dauon nymt. oder anderen nutz. vnd leyt das sy die ee bricht« und fügt dann ausdrücklich hinzu: »vnd der leno soll eben also gestrafft werden als der eebrecher«; die C. C. B. dagegen bedroht im Art. 147 den Ehemann, der »sein weyb ausserhalb der Ee vmb einicherley geniess willen (wie der namen het) willigklich zu vnkeuschen schentlichen wercken geprauchen lest«, mit Stäupung und Landesverweisung. Ferner nennt der Klagspiegel (Tit. Von rauben der junckfrawen witwen vnd klosterfrawen Bl. 173d) als Objekte der Entführung die Jungfrau, Ehefrau, Wittwe und Klosterfrau; dazu bemerkt er ganz deutlich, dass der raptus nur an einer ehrsamen Frauensperson, nicht an einer »Thörin« begangen werden könne, dass es dagegen für den Thatbestand dieses Verbrechens gleichgültig sei, ob die Entführte zu demselben ihre Einwilligung gegeben habe oder nicht[2]. Während die C. C. B. Art. 143 in den beiden letzten Punkten mit dem Klagspiegel

1) Unrichtig Jarke, Hdbch. II. S. 92. Note 82, der die Talion beim falschen Zeugnisse auf die römischen Bestimmungen über die calumnia zurückführt.

2) Die von mir benutzte Ausgabe des Klagspiegels sagt zwar: »Aber es wirt vnderscheyden ob solichs mit der frawe will geschehe oder über jren willen«, hält man aber diese Stelle mit dem Originale, Azos Summa ad Cod. lib. IX. de raptu virg. vidu. nec non sanct., zusammen, wo es deutlich heisst: Nec distinguitur, an volente muliere id faciat, an invita, so kann man nicht zweifeln, dass zwischen »wirt« und »vnderscheyden« das Wörtchen »nit« ausgefallen ist.

übereinstimmt[1]), übergeht sie auffälliger Weise die Wittwe als mögliches Objekt der Entführung mit Stillschweigen. Man hat für diese Auslassung verschiedene Gründe angegeben. Angesichts der Bestimmungen des Klagspiegels und der italienischen Juristen, die als Objekte des raptus immer die virgo, vidua und sanctimonialis aufführen, wird vor Allem die Annahme fernzuhalten sein, als ob das Stillschweigen der C. C. B. bezüglich der Entführung einer unabhängigen Frauensperson ein zufälliges sei.

Hepp[2]) und Martin[3]) glaubten, Schwarzenberg habe derselben desshalb nicht gedacht, weil er den Thatbestand der Entführung im Gegensatze zu dem raptus des römischen Rechtes habe einschränken wollen — diese Ansicht ist jetzt so gut wie aufgegeben — Wächter[4]), Hälschner[5]) und Geyer[6]) desshalb, weil über die Todeswürdigkeit dieses Falles in der italienischen Jurisprudenz kein Zweifel geherrscht habe, besondere Bestimmungen also nur zur Entscheidung der zweifelhafteren Frage nöthig gewesen seien, »in welchen Fällen Entführung durch Verletzung einer Familiengewalt vorhanden sei«.

Wächter's Erklärung verdient meines Erachtens keinen Beifall. Wäre sie richtig, so müsste Schwarzenberg dem Verfahren, das wir ihn bei wissenschaftlichen Controversen seiner Zeit stets beobachten sahen, bei dem Verbrechen der Entführung plötzlich untreu geworden sein. Wie oft hatten wir im Laufe unserer Untersuchung Gelegenheit, auf die Thatsache hinzuweisen, dass der Verfasser der C. C. B. es grundsätzlich vermeidet, Bestimmungen in sein Gesetzbuch aufzunehmen, deren Richtigkeit er in der damaligen Wissenschaft bestritten sieht, und wie schwer es ihm wird, Streitfragen durch den Buchstaben seines

1) Art. 143: »Ein vnuerleymate junckfrawen« und »vnangesehen ob die Eefrau oder junckfrawe jren willen d a r z u gibt«. Das Adverb »darzu« darf nicht auf die nachfolgenden Worte »peynlich clagen« bezogen werden, wie dies z. B. von Seiten W ä c h t e r s (Abhandlungen aus dem Strafrecht. Leipzig 1835. S. 90) geschehen ist, es weist dasselbe vielmehr auf das vorhergehende (»Item so einer — empfürt«) zurück. Der Sinn ist also der: Der Vater oder der Ehemann der Entführten darf Klage erheben, unangesehen ob dieselbe z u r E n t f ü h r u n g (nicht, zur Klage) ihre Einwilligung gab. So haben den art. 143 der C. C. B. (C. C. C. 118) aufgefasst: G o b l e r u. R e m u s (Ausgabe v. A b e g g p. 128—131) u. T e n n g l e r, Tit. Von Eepruch vnd ander vnkeusch, Bl. 186a. Vergl. noch P e r n e d e r s Halsgerichtsordnung fol. 10 A.

2) Im Archiv des C.-R. XIV. S. 481. 484.

3) Lehrbuch § 301.

4) Abhandlungen aus dem Strafrechte. S. 72—74.

5) System Bd. II. S. 303.

6) In v. H o l t z e n d o r f f s Handbuch III. S. 613.

Gesetzbuches abzuschneiden. So wie wir die C. C. B. kennen gelernt haben, wären wir also vielmehr geneigt, das Gegentheil zu vermuthen, was Wächter, nämlich, dass Schwarzenberg die Entführung der unabhängigen Frauensperson desshalb nicht erwähnte, weil er diesen Fall in der italienischen Jurisprudenz in irgend einer Weise bestritten sah. Dass unsere Vermuthung nicht irrig ist, ergibt ein Blick auf die Schriften der italienischen Juristen [1]. Wie dieselben den raptus auffassten und bestraften, haben wir zum Theil bereits aus dem Klagspiegel ersehen. Einen raptus begeht derjenige, qui mulierem libidinis causa de loco ad locum conducit. Diese conductio de loco ad locum muss ad effectum abducendi, nicht commodioris coitus geschehen, die Entführte selbst, sei sie nun virgo nupta, vidua oder sanctimonialis, soll eine mulier honestae vitae sein. Der Umstand, dass dieselbe zur Entführung ihre Zustimmung gab, befreit den Thäter keineswegs von der Strafe des raptus.

Letztere Bestimmung, die augenscheinlich zu Unzuträglichkeiten führte, die aber zu deutlich in der l. unic. § 2 C. de raptu virg stand, um übergangen werden zu können, hat den italienischen Juristen sehr viele Mühe gemacht. Dass die Entführung einer Ehefrau nicht straflos ausgehen könne, auch wenn dieselbe zu der That ihre Einwilligung gegeben hatte, war ja begreiflich, aber schien denn die Strafe des raptus noch gerechtfertigt in dem Falle, wo eine virgo oder gar eine vidua, also eine unabhängige Frauensperson, dem Entführer willig gefolgt war? Der erste Versuch, die Bemerkung der l. unic. Cod. de raptu virg., dass die volle Strafe des raptus einzutreten habe, etiamsi ipsa mulier se rapi consenserit, mit der Billigkeit in Einklang zu bringen, stammt wohl von Guido de Suzaria [2]. Seiner Ansicht nach bezog sich dieselbe nur auf das, was der Entführer post ipsam rapinam mit der Entführten vorgenommen hatte; sei das Verbrechen ab initio mit deren Zustimmung geschehen, so könne die Todesstrafe nicht eintreten. Eine nicht minder gezwungene Erklärung als Guido Suzaria

1) Man vergleiche Jacobus de Bellovisu, Rub. de lenonibus. Bonifacius de Vitalinis, Rub. de adult., incestu, sodom n. 12 und de raptoribus. Baldus lect. in leg. unic. Cod. de raptu. virg. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. che hai adulterato n. 56, 57. Paulus Ghirlandus, Tract. de poenis omnifariam coitus illiciti. Qu. X. Aegidius Bossius, Tit. de raptu mulieris. Julius Clarus lib. V. § Raptus. Ludovicus Carerius Practica caus. crim. (Lugduni 1550. 8.) § Homicidium n. 275 ff., pag. 452 ff.

2) Cf. Albertus Gandinus, Rub. de multis quaestionibus dependentibus n. 21.

und Albertus Gandinus gaben einige andere Italiener[1], welche zwar zugestanden, dass der raptus, wie schon das Wort besage, nur durch die Vergewaltigung einer Frauensperson geschehen könne, aber behaupteten, dass eine solche auch dann vorliege, wenn letztere, durch blanda verba überredet oder durch promissiones und allectamenta bewogen, dem Entführer freiwillig gefolgt sei: der raptus sei in diesem Falle vi compulsiva geschehen (!). Wissenschaftlicher verfuhren in der Sache zwei Juristen aus dem 14. und 15. Jahrhundert, Angelus de Ubaldis und Paulus de Castro[2]. Der Gewaltakt, der in jeder Entführung liegt, kann nach ihnen eine dreifache Richtung haben: entweder geht er gegen die Entführte allein, oder zugleich gegen diese und ihre Eltern, oder allein gegen die letzteren. Während im ersten Falle die Frage, welchen Einfluss die Zustimmung der Entführten auf die Strafe des Entführers ausübe, keinen Sinn hat, ist sie im zweiten zu verneinen, im dritten dagegen — hic opus, hic labor! — dahin zu beantworten, dass ein raptus gar nicht vorliege, folglich auch dessen Strafe nicht eintreten könne.

Nur eine consequente Durchführung der Idee von Angelus de Ubaldis und Paulus de Castro ist es, wenn der am Anfang des 16. Jahrhunderts lebende Ludovicus Carerius[3] auf die Frage, an indistincte in volente rapi habeat locum raptus, antwortet: Videtur quod sic per dict. l. 1 Cod. de raptiu, dic tamen et distingue, quod aut est in potestate alterius, ut patris, mariti, tutoris et curatoris et tunc etiam volente rapta contrahitur raptus et locum habet d l. 1, quae ita loquitur, et tunc sive volente sive nolente contrahitur, cum ex tali raptu injuriantur parentes et praedicti, ideo possunt accusare et rapiens tenetur dict. l. 1. Aut non est in potestate alterius et tunc aut allecta promissi et tenetur poena d. l. 1 ut supra, idem si nolens, ut supra, aut nulla pac. allectura, sed ejus mera voluntate et tunc ex quo ipsi volenti non fit injuria, non contrahitur crimen raptus nec tenetur poena dict. l. 1[4].

1) Baldus l. c. n. 20. Clarus l. c. n. 3. Carerius l. c. n. 282. Zurückgewiesen wird diese Ansicht vou Aegidius Bossius l. c. n. 15: Et si aliter diceremus, posset capite puniri universus fere mundus!

2) Beide in der lect. ad leg. sed eximendi ff. ne quis eum qui (= l. 4 D. 2, 7). Vergl. Aegidius Bossius l. cit. n. 5.

3) L. cit. n. 284.

4) Cf. Bajardus ad Jul. Clarum lib. V. § Raptus n. 18: Item adde, quod mulier in nullius potestate existens, si permittat se rapi, raptor non poterit hac lege (l. unic. C. de raptu) puniri.

Schwarzenberg hat offenbar nicht anders gedacht als Ludovicus Carerius. Wie dieser, so unterscheidet auch er eine Entführung abhängiger und unabhängiger Frauenspersonen und gibt im ersten Falle demjenigen, in dessen Gewalt die Entführte stand, ein Klagrecht ganz ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe ihre Einwilligung zu der That gegeben hatte oder nicht, in der Meinung eben, dass dieser Consens die in der Entführung liegende Verletzung der Rechte des Gewalthabers nicht zu beseitigen vermöge.

Schwarzenberg durfte sich der italienischen Doktrin hier um so eher anschliessen, als ja auch das deutsche Recht den Hauptnachdruck bei der eigentlichen Entführung von jeher auf den mit derselben verbundenen Eingriff in die Rechte des Mundwalds gelegt hatte [1].

Was nun die Entführung der unabhängigen Frauensperson betrifft, so war Schwarzenberg augenscheinlich der Meinung, dass ihre Einwilligung, wenn sie auch die That selbst nicht straflos mache, doch den Thatbestand des raptus ausschliesse; da er aber diese Ansicht in der damaligen Wissenschaft zum Theil ganz bestritten, zum Theil nur beschränkt anerkannt sah, — meint ja doch Ludovicus Carerius selbst noch, die durch blanda verba etc. erlangte Zustimmung der Entführten sei so gut wie keine Zustimmung — so zog er es vor, die Entführung der unabhängigen Frauensperson ganz mit Stillschweigen zu übergehen und die Behandlung dieses Falles der Wissenschaft anheimzustellen [2]. Es ist weder das erste [3] noch das letzte Mal, dass wir Schwarzenberg bei schwierigen Controversen seiner Zeit diesen Ausweg ergreifen sehen [4].

1) S. Osenbrüggen, Alam. Strafrecht. S. 292, Hälschner, System II. S. 295, 296, 300, Geyer in v. Holtzendorffs Hdbch. III. S. 611.

Dass man diesen Gesichtspunkt auch in der Zeit unmittelbar vor der C. C. B. noch festgehalten hat, — A. M. Hälschner a. a. O. S. 303 — beweisen doch deutlich die Wormser Reformation Bch. 6, Th. 2, Tit. 13, die Tiroliensis und Radolphzeller H.-G.-O. (»on sein der Gerhaben vnd Vogt willen«) und das Stadtrecht von Freiburg von 1520. p. XCVI, 2. Vergl. Wächter, Abhdlngen. S. 79. Note 66.

2) Der art. 126 (C. C. C. art. 105) überhob Schwarzenberg, dies ausdrücklich zu bemerken.

3) So bei den art. 164, 165, wo Schwarzenberg die Nothwehr zur Rettung von Hab und Gut übergangen hat. S. oben S. 181.

4) In dem Gesagten dürfte wohl auch die richtige Antwort auf die mehrfach aufgeworfene Frage liegen, warum die auf die Entführung von Klosterfrauen bezügliche Bestimmung der C. C. B. art. 143 in der C. C. C. art. 118 fehlt. Wächter a. a. O. S. 83, Abegg (im Archiv des C.-R. 1852. Beilage S. 54, 55) u. Andere haben diese Auslassung unter dem besonderen Hinweis auf Luthers Heirath mit einer Nonne und Schwarzenbergs eigenmächtige Herausnahme seiner

6. Für den Hüter, der das Entkommen eines Gefangenen aus dem Gefängnisse schlechthin zugibt, bestimmt der Klagspiegel (Tit. de custodia reorum Bl. 166 d) die Strafe, welche der flüchtige Gefangene zu erleiden hatte. Ist die Flucht dadurch geschehen, dass die Hüter ihren Posten verliessen, so erfolgt Züchtigung, »darnach jr vnfleyss gewesen ist«. Treuloses Nichtausüben der Wache zieht Enthauptung oder sonst eine schwere Strafe nach sich. Schwarzenberg hat aus den beiden ersteren Bestimmungen sogar mit Beibehaltung des Ausdrucks (»vnfleyss«) den Art. 206 der C. C. B. gebildet.

7. Auf Bl. 189 a stellt der Klagspiegel die Frage, ob der Richter den A zwingen könne, durch Stellung von Bürgen Sicherheit dafür zu leisten, dass er den B, seinen Gegner, nicht schädigen wolle (Cautio de non offendendo). Nach Anführung der verschiedenen rationes dubitandi gibt er auf Bl. 189 c folgende Antwort: »Du sprich daz er nit sol bürgen setzen das er den nit schedigen wöl. der richter sol in ein andern weg dafür sein. also er sol jn gebytten bey einer gewissen pen das er den nit schedige vnd villeicht das er dieselben strass oder gassen nit gee. ff. de offi. prefec. vr. l. 1. § fi.«. Im schroffen Gegensatze zu dieser Entscheidung bestimmt die C. C. B. im Art. 202, es solle derjenige, der eine Urphede gebrochen »sachenhalb, darvmb er das leben nit verwürckt hette«, ferner derjenige, welcher »vber vorgeübt nachgelassne vnd gerichte misstat schlechtlich mit worten, andern der gleychen vbels zuthun« drohe, endlich jeder, von dem die

Tochter aus dem Kloster (Herrmann, Johann v. Schwarzenberg S. 73) dem Einflusse der reformatorischen Bewegung zugeschrieben. Diesen Thatsachen gegenüber erscheint es, wie Güterbock S. 266 richtig bemerkt, von entscheidendem Gewichte, dass die fragliche Stelle einerseits aus dem Texte der C. C. B. bereits zu Worms gestrichen worden ist, andererseits noch der Nürnberger Entwurf in der Ueberschrift des betreffenden Artikels der Klosterfrauen Erwähnung thut. Auf eine tendenziöse Einwirkung reformatorischer Ideen lässt sich also die Aenderung der C. C. B. nicht zurückführen. Dieselbe erklärt sich leicht, wenn man bedenkt, dass, nachdem sich Schwarzenberg im art. 143 darauf beschränkt hatte, Bestimmungen über die Entführung abhängiger Frauenspersonen zu geben, die nachträgliche Herbeiziehung der Klosterfrauen eine Inconsequenz war, die um somehr in die Augen fallen musste, als für deren stillschweigende Uebergehung dieselben Gründe sprachen, wie für die Nichterwähnung der unabhängigen Frauensperson. Oder lag in jener Zeit nicht mehr als je die Frage nahe, ob nicht die Einwilligung einer Klosterfrau, wie überhaupt die einer unabhängigen Frauensperson, den Thatbestand der Entführung ausschliesse? Wenn also die Redaktoren der C. C. C. die Entführung der Klosterfrau mit Stillschweigen übergingen, so geschah dies nur desshalb, weil sie die Entscheidung auch jener Frage in die Hände der Wissenschaft legen wollten. Nicht ganz dieser Ansicht Güterbock S. 267.

Leute »sunst auss ander der gleychen, guten vrsachen« gewaltsame Beschädigung zu befürchten hätten, »in ein ewige gefengknuss durch die Schöpffen rechtlich erkannt werden«.

Es ist auf den ersten Blick mehr als befremdlich, dass Schwarzenberg angesichts der bestimmten Weisung des Klagspiegels eine unserem Rechtsgefühl so zuwiderlaufende Vorschrift in sein Gesetzbuch aufgenommen hat. Eine gewisse Erklärung für diese auffällige Thatsache geben meines Erachtens nur die italienischen Juristen. Durchaus nicht alle dachten in dieser Sache so mild, wie Albertus Gandinus, dessen Werke [1]) der Klagspiegel seine Entscheidung entnommen hat. So ist z. B. Angelus Aretinus entschieden der Meinung, dass derjenige, der gegen einen Dritten Drohungen ausgestossen habe, von dem Richter zur Stellung einer cautio de non offendendo immer gezwungen werden könne, wenn sein Charakter die Ausführung derselben erwarten lasse [2]). Augustinus [3]) stimmt Angelus vollkommen bei, nur dass er die von diesem hinzugefügte Bedingung allgemeiner dahin formulirt: Si verisimiliter potest suspicari de offensa [4]). Was aber zu geschehen habe, wenn der Drohende die Caution nicht aufzubringen vermöge, darüber schweigen beide. Nach Julius Clarus [5]) sollen Leute schlechten Rufes in diesem Falle des Landes verwiesen, nach Bajardus [6]) dagegen und Anderen, die dieses Mittel als wirkungslos betrachten, gefangen gesetzt werden, bis es ihnen gelingt, die verlangte Sicherheit zu geben. Dieser letzteren Ansicht hat sich die C. C. B. und in noch entschiedenerer Weise die C. C. C. Art. 176 [7]) angeschlossen.

Am Ende unserer Darstellung wird es kaum noch der Bemerkung bedürfen, dass der Klagspiegel zu den wichtigeren Quellen der C. C. B. gehört. Sein Quellenwerth ist indessen kaum bedeutender als derjenige der Wormser Reformation: steht er auch dem Umfange des entnommenen Materials nach über der letzteren, so wird dieser Umstand doch reichlich wieder aufgewogen durch den anderen, dass jenes Material zum

1) R. de transactionibus et pact. n. 18.

2) Gl. Verba injuriosa. n. 8: . . . videlicet an solitus sit mittere suas minas executioni.

3) Ad Angelum Aret. l. cit.

4) Vergl. C. C. B. art. 202: »jedoch sol sölche straff nit leychtuertiglich oder on merckliche verdligkeyt kunfftigs vbels . . . geschehen.«

5) Lib. V. § fin. qu. 47. n. 5.

6) Ad Jul. Clarum l. cit. n. 22.

7) Ueber die Geschichte dieses Artikels vergl. Hohbach im N. Archiv des Criminalrechts 1844. S. 262, Geib ebenda 1845. S. 141—143 und Güterbock, S. 64.

grössten Theil erst nach einer sorgfältigen Ausarbeitung und Vervollkommnung in die C. C. B. übergegangen ist. Letztere Thatsache ist wie keine andere charakteristisch für das Verhältniss des Spiegels zur Halsgerichtsordnung und zugleich ein schönes Zeugniss für die wissenschaftliche Reife und Selbständigkeit Schwarzenbergs; aber gerade sie, sowie der weitere Umstand, dass die C. C. B. die italienische Jurisprudenz sehr stark, der Klagspiegel ausschliesslich benutzt hat, macht eine präcise Angabe dessen, was die eine dem anderen verdankt, fast unmöglich, und meine Darstellung erhebt desshalb nur Anspruch darauf, auf alles das hingewiesen zu haben, was der bambergische Gesetzgeber dem Klagspiegel entnehmen konnte, nicht aber auf eine fest umschriebene Angabe dessen, was er aus demselben wirklich für seine Zwecke verwandt hat. Unzweifelhaft scheint mir eine Benutzung des Klagspiegels indessen bei den Art. 13, 17, 23, 28, 32, 38, 71, 79, 143, 155, 167 (Abs. 3, 4), 168, 172, 174, 204, 206 der C. C. B.

§ 13. 2) Ulrich Tennglers Layenspiegel.

Literatur.

Chr. Fr. Jm. Schorch, Ueber Ulrich Tennglers Laienspiegel und dessen Gebrauch zur Erläuterung der P. G.-O. Kaiser Carls V. in den Acta academicae Mogunt. d. a. 1794 et 1795. No. IX. auch besonders, Erfurt 1796. 4°.

P. J. A. Feuerbach in der Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde von Almendingen, Grolman, Feuerbach. Bd. 2. St. 1. Abh. 3. S. 146.

Stintzing, Populäre Literatur. S. 411 ff., besonders S. 425 u. 444.

Ausgabe.

Der neü Layenspiegel. Von rechtmaessigen ordnungen in Burgerlichen vnd peinlichen Regimenten. Mitt Additōn. Auch der guldin Bulla, Königlich reformation landfriden. auch bewärung gemeiner recht vnd anderm antzaigen. 1511. fol.

Solange man über die Zeit der ersten Ausgabe von Tennglers Layenspiegel im Zweifel war, hatte auch die Frage, ob Schwarzenberg den dritten Theil desselben bei der Abfassung der C. C. B. benutzt habe, ihre Berechtigung, obgleich schon eine aufmerksame und genaue Vergleichung beider Werke, wie die Abhandlung Feuerbachs zeigt, sehr erhebliche Gründe gegen die Bejahung dieser Frage hätte liefern können.

Nachdem Schorch in einer gelehrten Abhandlung die Möglichkeit, dass der Layenspiegel älter sei als die C. C. B., offen gelassen und so die Behauptung, dass der eine bei der Abfassung der andern benutzt worden, nicht ganz in Abrede gestellt hatte, bezeichnete

Feuerbach im Anschluss an die Bemerkungen von Senkenberg[1]), Panzer[2]) und Zapf[3]) die Ausgabe des Layenspiegels von 1509 als die editio princeps und stellte nun mit einer ebenso scharfen als ungerechten Polemik gegen Schorch die Ansicht auf, deren Richtigkeit jetzt von Niemandem mehr bezweifelt wird, nämlich dass der Layenspiegel nichts Anderes sei, als ein keineswegs gleichmässig gelungener Auszug aus der zwei Jahre früher publicirten C. C. B.

Wenn nun Tennglers Layenspiegel unter die Quellen der C. C. B. nicht gezählt werden darf, so muss ihm dagegen das wohl nicht geringer anzuschlagende Verdienst gelassen werden, zu deren Verbreitung über einen grossen Theil von Deutschland indirekt in der wirksamsten Weise beigetragen und dadurch der späteren C. C. C. die Wege gebahnt zu haben. Ja, das ungewöhnliche und unbestrittene Ansehen, das der Layenspiegel von Anfang an bei allen Praktikern genoss, hat wohl dem Gesetzbuche Schwarzenbergs im Buchhandel geschadet, denn von dem Jahre 1510 bis 1531 ist dasselbe nicht mehr neu aufgelegt worden.

1) Visiones diversae. p. 116.
2) Annalen Bd. 1. S. 307 ff.
3) Augsburg. Buchdruckergeschichte. Bd. 2. S. 40.

Zweiter Abschnitt.

Die Werke der italienischen Juristen.

§ 14. 1) Einleitung.

Literatur.

F. C. v. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. 2. Ausg. Heidelb. 1834, 1850, 1851.

F. A. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Processes. Leipzig 1827.

H. A. v. Bethmann-Hollweg, Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bd. 6. Abth. 1. Bonn 1874.

A. Allard, Histoire de la justice criminelle au seizième siècle. Gand 1868.

»*Bambergische halssgerichts vnd rechtlich Ordenung in peinlichen sachen zu volnfaren, allen Stetten, Communen, Regimenten, Amptleüten, Vögten, Verwesern, Schulteyssen, Schöffen und richtern Dienlich, fürderlich vnd behilfflich, Darnach zu handeln vnd rechtsprechen, gantz glichförmig gemeynen geschriben Rechten. Dar auss auch diss büchlin gezogen vnd fleissig gemeynem nutz zugut gesammelt vnd verordnet ist*«.

So lautet der Titel, den Johann Schöffer von Mainz der zweiten Ausgabe der Bambergischen Halsgerichtsordnung vom Jahre 1508 vorauschickte. Wenn derselbe auch mehr als eine buchhändlerische Reclame betrachtet werden muss, so wird doch soviel durch ihn gewiss, dass Schöffer, ohne eine plumpe Lüge zu sagen, sich niemals hätte so ausdrücken können, wenn die Quelle, auf die er so energisch hinweist, in der C. C. B. in ganz untergeordnetem Maasse berücksichtigt worden wäre. Welche Quelle? »Die gemeynen geschrieben Rechte«! Was man zur Zeit Schwarzenbergs unter diesen Worten verstand, und was er selbst in dem Art. 125 (im Anfang) mit denselben hat sagen wollen, darüber herrscht jetzt kein Zweifel mehr: der weitaus überwiegende Sprachgebrauch des 15. und 16. Jahrhunderts begriff unter den Bezeichnungen »geschriebene« oder »beschriebene kaiserliche Rechte«, »gemeine geschriebene Rechte« das römische als das von den Vorfahren der deutschen Kaiser

ausgegangene Recht[1]. Ist die Erkenntniss dieser Thatsache schon ziemlich alt, so hat sich dagegen erst in neuerer Zeit die weitere nicht minder wichtige Einsicht Bahn gebrochen, dass Schwarzenberg und seine Mitarbeiter die Kenntniss des römischen Rechts nicht direkt aus den Quellen schöpften, indem sie dieselben nie oder doch nur ganz selten vor Augen hatten, dass vielmehr das Medium, durch welches sie den Inhalt der römischen Rechtsquellen kennen lernten, die Werke der italienischen Juristen waren. Das »gemeine geschriebene Recht«, welchem die C. C. B. nach der Versicherung Schöffers »gantz glichförmig«, aus dem sie sogar »gezogen« sein soll, es ist also nicht das Recht des Corpus juris, dieses kannten die Redaktoren der C. C. B. wenig mehr als dem Namen nach, sondern das römische Recht in der neuen Gestalt, die es in Italien durch eine dreihundertjährige Berührung mit dem canonischen und longobardischen Rechte erhalten hatte, mit einem Worte, das Recht der italienischen Rechtswissenschaft, es ist, wie Sohm sagt, nicht das Recht der Pandekten, sondern ein usus modernus Pandectarum der italienischen Juristen[2].

Wer den Entwicklungsgang der deutschen Rechtswissenschaft im Zeitalter Schwarzenbergs kennt, wird diesen jetzt von Niemandem mehr bezweifelten Satz kaum befremdlich finden: was Schwarzenberg und seine Mitarbeiter thaten, war in jener Zeit nicht etwa eine vereinzelte Erscheinung, sondern die allgemeine Regel, welche nur wenige rühmliche Ausnahmen, unter ihnen der berühmte Zeitgenosse Schwarzenbergs, Ulrich Zasius, zu durchbrechen wagten. Wie in Frankreich und in Italien, so beschäftigte man sich auch in Deutsch-

1) S. Wächter, gemeines Recht. S. 28. Note 21 u. 22. Die im Texte angeführten Bezeichnungen sind auch der C. C. B. vollkommen geläufig. Vergl. Art. 129, 143, 145, 146 (»Kaiserliche Rechte«); Art. 142, 160 (»Kaiserliche geschriebene Rechte«), Art. 127, 150 (»Gemeine kaiserliche Rechte«). Das canonische Recht wurde unter denselben nicht mit inbegriffen. Die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts bezeichnen es mit den Ausdrücken »geistliche geschriebene Rechte«, »geistliches« oder »päpstliches Recht«. Augenscheinlich betrachtet auch Schwarzenberg das canonische Recht nicht, wie das römische, als eine Quelle des gemeinen Rechts. Dasselbe spielt allerdings in der C. C. B. keine bedeutungslose Rolle, aber einzig desshalb, weil es die gesammte sociale Bildung jener Zeit durchdrungen hatte und einen Theil der damals unbedingt geachteten italienischen Jurisprudenz bildete. Die italienischen Juristen sind wohl durchgängig das Mittelglied zwischen den Quellen des canonischen Rechts und der C. C. B. gewesen.

2) Richtig erkannt hat dies schon Biener im N. Archiv des C.-R. Bd. 10. 1829. S. 615, mit besonderer Schärfe ausgesprochen hat es in neuerer Zeit noch Sohm in Grünhuts Zeitschrift für Privat- u. öffentl. R. Bd. 1. S. 258. Ueber die Bedeutung des im Text Gesagten s. unten § 16.

land im Zeitalter der Bambergensis und noch lange nachher[1]) weniger mit den römischen Rechtsquellen, als mit der Glosse und den Schriften einer Reihe von Juristen, die nach der gemeinen Meinung den Sinn derselben so vortrefflich erfasst, ihren Inhalt so vollständig wiedergegeben hatten, dass eine quellenmässige Prüfung ebenso kühn als überflüssig erschien, und zwar waren es in allen drei Ländern dieselben Autoritäten, welche, durch ihre zahlreichen Arbeiten die Quellen »in kimmerische Finsterniss hüllend«, das wissenschaftliche Bewusstsein ihrer und der kommenden Zeit beherrschten und somit den Gang der Wissenschaft selbst bestimmten; ich erinnere statt aller anderen nur an die Namen eines Bartolus und Baldus!

Dieser Erfolg wurde ihnen gesichert durch die Lehrmethode der damaligen Universitäten, der deutschen wie der ausländischen. Was die Studirenden an den hohen Schulen erwerben sollten und auch erwarben, war nicht ein richtiges Verständniss der Quellen, sondern eine möglichst ausgedehnte Bekanntschaft mit der Literatur über diese d. h. mit der Glosse und den Werken der Commentatoren.

Von den Universitäten dehnte sich der Einfluss der italienischen Jurisprudenz naturgemäss auf die Praxis und Gesetzgebung aus. Im Zeitalter Schwarzenbergs war dieser Schritt bereits geschehen und ihr Ansehen in den gelehrten Gerichten ebenso unbestritten wie in der Wissenschaft. Was die Gesetzgebung betrifft, so lernten wir selbst eine wichtige Codification aus dem Ende des 15. Jahrhunderts, die Wormser Reformation, in ihrem strafrechtlichen Theile als eine reine Compilation aus den Werken von Albertus Gandinus und Angelus Aretinus kennen.

Die Juristen nun, deren Werke wenn auch nicht alle als Quellen, so doch als wichtige Interpretationsmittel der C. C. B. bezeichnet werden dürfen, sind folgende:

Guido de Suzaria, Tractatus de indiciis et tortura[2]).

1) Sohm a. a. O.: »Erst Savigny ist der grosse Reformator, welcher die deutsche Rechtswissenschaft zu dem Corpus juris selbst, zu den reinen Quellen des römischen Rechts zurückgeführt hat.«

2) Mit den Additionen v. Ludovici abgedruckt in den Tractatus illustrium ICtorum (dem sog. Tractatus Tractatuum) T. XI. P. I. Venetiis 1584. f. 241 u. im Volumen praeclarissimum omnium tractatuum criminalium v. Joh. Bapt. Ziletti. Venet. 1570. 4. f. 317. Der Tractatus de quaestionibus et tormentis von Baldus de Periglis (Tract. Tractat. l. cit. f. 292. Vol. praeclar. f. 428) und der gleichbetitelte Tractat von Ambertus de Antramonia (Tract. Tractat. l. cit. f. 306, Vol. praeclar. l. cit. f. 439) sind wenig mehr als überdies noch gekürzte Copien der citirten Arbeit von Guido de Suzaria. Ueber Guido de Suzaria s. Savigny, Geschichte. Bd. 5. S. 387. ff.

Jacobus de Arena, Tractatus de quaestionibus[1].

Albertus de Gandino (»Gandinus«), Tractatus de maleficiis[2].

Guilielmus Durantis, Speculum judiciale[3].

Jacobus de Bellovisu, Aurea practica criminalis[4].

Johannes Faber, Breviarium in Codicem[5].

Bartolus a Saxoferrato, Commentaria in universum jus civile[6], in Codicem[7] und dessen Tractatus de quaestionibus[8].

Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digesta[9] und in libros I.—V. und VI.—IX. Codicis[10].

Angelus Aretinus de Gambilionibus, Tractatus de maleficiis[11].

Bonifacius de Vitalinis, Tractatus super maleficiis[12].

1) Abgedruckt im Tract. Tractat. T. XI. P. I. f. 291 und im Vol. praeclar. von Ziletti. f. 427. Ueber Jacobus de Arena s. Savigny, Geschichte Bd. 5. S. 399 ff.

2) Hinter Angelus Aretinus, de maleficiis tractatus Venetiis apud Societ. Minimam 1598. 4. fol. 269. Ueber Albertus Gandinus s. Savigny a. a. O. S. 650 ff., Biener a. a. O. S. 93, Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 203.

3) Francofurti 1612. fol. Ueber Durantis s. Savigny Bd. 5. S. 571 ff., Biener S. 86, Bethmann-Hollweg S. 203 ff., Allard p. 394.

4) Abgedruckt bei Franciscus Modius, Rerum criminalium praxes et tractatus Francof. 1587. fol. pag. 245 ff. Ueber Jacobus de Bellovisu s. Savigny Bd. 6. S. 60 ff., Biener S. 97, Bethmann-Hollweg S. 203.

5) Lugduni 1550. fol. Ueber Johannes Faber s. Savigny Bd. 6. S. 40 ff., Biener S. 97, Allard p. 397.

6) Drei Bände in Folio, Basileae (Froben) 1562. Ueber Bartolus s. Savigny Bd. 6. S. 137 ff., Biener S. 98, Bethmann-Hollweg S. 242 ff., Allard p. 398.

7) Tom. IV der Baseler Ausgabe von 1562.

8) Tom. V der Baseler Ausgabe von 1562. pag. 747. Die Autorschaft des Bartolus an dem Tractatus de quaestionibus wird für ungewiss gehalten (s. Savigny Bd. 6. S. 176). Ich bemerkte zwischen ihm und der Rubrik de quaestionibus et tormentis des Albertus Gandinus eine grosse Aehnlichkeit und fand dieselbe bestätigt und erklärt durch die Bemerkung von Augustinus Ariminiensis (ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n. 13): Tu autem in hac materia adde, quod miror, quod iste Doctor allegaverit Bartolum in tractatu de quaestionibus, quia Bartolus non fecit tractatum de quaest., sed video plerosque Doctores tenentes quod ille tractatus, qui appropriatur Bartolo, fuerit Dyni, sed fuit Gandini et posuit illum tractatum in tractatu suo maleficiorum.

9) Lugduni 1558. fol. Ueber Baldus s. Savigny Bd. 6. S. 208 ff., Biener S. 102, Bethmann-Hollweg S. 247 ff.

10) Zwei Bände in Folio Lugduni 1543.

11) Cum apostillis Augustini de Ariminio et Hier. Cuchalon Venetiis apud Societ. Minimam 1598, 4. Ueber Angelus Aretinus s. Biener S. 106 ff.

12) Hinter der in der vorigen Anmerkung citirten Ausgabe des Angelus Aretinus fol. 368. Ueber Bonifacius de Vitalinis s. Allard p. 400.

Hippolytus de Marsiliis, Practica causarum criminalium [1].
Franciscus Brunus, Tractatus de indiciis et tortura [2].

Die angeführten Juristen gehören dem 13., 14. und 15. Jahrhundert an [3], Jahrhunderten also, die in der Geschichte der Rechtswissenschaft als eine Periode des Niedergangs bezeichnet werden. In Savignys classischem Werke finden wir neben einer vortrefflichen Darstellung des Lebens und Wirkens der genannten Rechtsgelehrten eine gründliche Darlegung der Ursachen, die jenen Verfall herbeiführten. Sie liegen der Hauptsache nach in dem Gebrauche, oder besser in dem Missbrauche der scholastischen Methode, welche ein tieferes Eindringen in die Sache selbst verhinderte und einem hohlen und geschmacklosen Formalismus Thür und Thor öffnete, sodann in einer fast gänzlichen Vernachlässigung der Quellen und in einer entsprechenden Verehrung alles dessen, was die Glosse über dieselben gedacht und eine Reihe berühmter Rechtsgelehrter über sie geschrieben hatte, ein Umstand, der den Juristen dieser Periode den Namen der Commentatoren eingetragen hat.

An diesen Fehlern, zu denen sich noch eine dem Charakter des Zeitalters entsprechende Einförmigkeit und nicht selten eine unerträgliche Weitschweifigkeit in der Darstellung gesellt, leiden auch die von mir angezogenen Schriftsteller. Wenn wir dennoch in dem einen oder dem anderen ihrer Werke einen lebensfrischeren Geist und neben einer Masse traditioneller Gedanken eigenen tüchtigen Ideen begegnen, so ist dies dem glücklichen Einflusse zuzuschreiben, den die Praxis seit dem 14. Jahrhundert auf die Wissenschaft auszuüben anfing. Ohne zwar die ertödtende Kraft des Formalismus und die verkehrte Methode der Schule zu verdrängen, gelang es ihr doch, die Wissenschaft wieder zu erneuern und zu erfrischen, und dies zu der Zeit, wo die geistige Bewegung der Renaissance spurlos an derselben vorüberging. Ihr Verdienst ist es hauptsächlich, wenn wir in den Werken jener Periode einen immerhin beachtenswerthen Fond eigener Ideen finden, während alle Anstalten derselben darauf berechnet schienen, Gedankenlosigkeit zu erzeugen [4].

1) Abgedruckt bei F. Modius, Rerum criminalium praxes et tractatus. p. 347. Ueber Hippolytus (1450—1529) s. Biener S. 110—112, Allard p. 403.

2) Einiges über ihn später (s. S. 213).

3) Hippolytus de Marsiliis und Franciscus Brunus stehen auf der Scheide des 15. und 16. Jahrhunderts.

4) S. Savigny Bd. 6. S. 20 ff.

Dieses grosse Verdienst der Praxis beruht nicht etwa auf einer blossen Vermuthung, sondern geht, wie Savigny bemerkt, in seiner ganzen Wirklichkeit am besten aus dem Umstande hervor, dass gerade diejenigen Juristen, in deren Schriften sichtbar ein frischeres Leben pulsirt, die entscheidenden Jahre ihres Lebens der Schule fern in einer durch politische Stürme hochbewegten Praxis zubrachten. So war Angelus Aretinus, bevor er seinen berühmten Tractat schrieb, langjähriger Beisitzer in den Gerichten mehrerer Städte, und das Werk, das von ähnlichen Arbeiten des 14. und 15. Jahrhunderts wohl die grösste Anerkennung verdient und auch bis tief ins 16. Jahrhundert noch genossen hat, der Tractatus de maleficiis von Albertus Gandinus, ist von einem Rechtsgelehrten geschrieben, der den Lehrstuhl nie bestiegen hat. Vergleicht man damit die zerfahrene Practica criminalis des Jacobus de Bellovisu, so erkennt man sofort, dass der grosse Abstand zwischen beiden Werken nicht sowohl in der ungleichen Individualität beider Männer, als vielmehr im Umstande seinen Grund hat, dass der Verfasser des einen neben grosser Gelehrsamkeit eine reiche praktische Erfahrung, der des andern im allergünstigsten Fall nur das Erstere besass.

So ein ergiebiges Resultat auch die italienische Jurisprudenz für unsere Quellenuntersuchung liefern wird, so sind ihr doch insofern gewisse Grenzen gezogen, als die Hervorhebung eines oder mehrerer Schriftsteller, die Schwarzenberg, d. h. seine Mitarbeiter, benutzt hätte, als ein vergebliches Bemühen bezeichnet werden muss. Jedem, der sich mit den Italienern des 13., 14. und 15. Jahrhunderts, den italienischen Praktikern, wie man sie wohl auch nennt, beschäftigt hat, wird der Grund hievon wohl bekannt sein. Ein Hauptbestreben jener Schriftsteller ist nämlich die Aufstellung der opiniones doctorum zu dem Zwecke, gewissen Meinungen durch die Anzahl ihrer Vertheidiger das Ansehen einer communis opinio zu verschaffen; dass dieser Begriff in seiner ganzen Strenge niemals durchzuführen sei, bedachten sie dabei freilich nicht[1]. »Il leur semblait«, sagt Allard p. 505, »que rien ne pouvait mieux fortifier une opinion, que le nombre des docteurs, qui l'avaient enseignée, ils ne pesaient point les autorités, il les comptaient. Lorsque pour la centième fois, l'un d'eux avançait un principe, une proposition, une conséquence, il ne l'étayait point d'une nouvelle argumentation, mais il la faisait suivre ou précéder de l'enumération de tous ceux, qui l'avaient antérieurement professée, de sorte que son

1) Savigny, Geschichte Bd. 6. S. 14.

travail ne pouvait avoir aucune utilité pratique (?), il ne servait qu' à grossir la liste des opinions préconçues: »praeconceptarum opinionum cumulus ac praejudicium auctoritatis«. —

Ist daher irgend eine bedeutende Ansicht von einem Juristen geäussert worden, so wiederholt sie sich echoartig bei allen spätern; nicht nur Grundsätze, sondern auch erläuternde praktische Beispiele werden auf diese Weise traditionell.

Zu diesem Umstande gesellt sich der für unsere Quellenforschung ebenso missliche, dass die italienischen Juristen mit wenigen Ausnahmen ihre jeweiligen Vorgänger ausschreiben. Während dieser Missbrauch unter den Glossatoren nur einem, Pillius, vorgeworfen werden kann, wird derselbe vom 13. Jahrhundert an so allgemein, dass sich seiner auch die namhaftesten Juristen nicht schämen. Da man weniger auf die Originalität, als auf die praktische Brauchbarkeit der Werke Gewicht legte, so fand man dies sehr natürlich und bezeichnete als unehrlich und verächtlich höchstens denjenigen, der sich die Schrift eines Anderen unter Vorsetzung seines eigenen Namens angeeignet hatte [1].

Auf der anderen Seite haben diese Eigenschaften der Italiener allerdings das Gute, dass man durch die Lektüre mehrerer hervorragender Schriftsteller zugleich eine Uebersicht über die ganze Literatur bekommt und selten nur die bedeutende Meinung eines anderen Juristen übersieht.

Nach dem Gesagten bleibt die Behauptung, dass Schwarzenberg aus diesem oder jenem Werke der italienischen Literatur geschöpft habe, immer eine missliche Sache. Bestimmt versichern möchte ich eine Benutzung nur bei den beiden Tractatus de maleficiis von Albertus Gandinus und Angelus Aretinus. Zwar scheint eine solche von Hälschner [2] noch bei Paulus Ghirlandus (Tractatus de poenis omnifariam coitus illiciti), bei dem angeblich von Placentinus verfassten Tractatus de accusationibus, bei Martinus Garatus (Tractatus de crimine laesae majestatis) und bei dem Tractatus de indiciis et tortura von Franciscus Brunus angenommen zu werden.

Paulus Ghirlandus kann indessen von Schwarzenberg nicht gebraucht worden sein, weil er ein Jurist des 16. Jahrhunderts ist [3]; was

1) Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 14.

2) Geschichte S. 93 u. 83.

3) Paulus Ghirlandus (Girlandus, Grillandus) lebte als Rechtsgelehrter zu Florenz um 596. Vergl. J. H. Stepf., Gallerie aller jurid. Autoren. Bd. 3. Leipzig 1822. S. 233. Dasselbe sagt Jöcher (Allgem. Gelehrtenlexicon

sodann Placentinus[1] und Martinus Garatus[2] betrifft, so ist mir nie recht klar geworden, was er ihren Arbeiten entnommen haben soll; den Tractat des Franciscus Brunus endlich unter die Quellen der C. C. B. zu stellen, scheint mir zu gefährlich, einmal weil gerade die Merkmale, die auf eine Benutzung durch Schwarzenberg hinzudeuten scheinen, keineswegs ihm allein eigenthümlich sind, sodann weil uns streng verbürgte Nachrichten über die Lebenszeit dieses Schriftstellers fehlen. Jöcher nennt ihn einen Rechtsgelehrten von Asti, der gegen Ende des 15. Jahrhunderts wirkte[3] und einen Tractatus de indiciis et tortura schrieb; derselbe erschien nach demselben Lexicographen 1494 in Venedig. Der Zeit nach könnte er also allerdings von Schwarzenberg gebraucht worden sein.

Obgleich ungewiss, ob Schwarzenberg den Tractat des Franciscus Brunus gekannt hat, habe ich ihn doch neben den Werken von Albertus Gandinus und Angelus Aretinus am eingehendsten berücksichtigt, weil er mir mehr als ein anderer geeignet schien, ein richtiges Bild von dem italienischen Straf- oder genauer Folterverfahren zu geben. Es wird mir überhaupt weniger darauf ankommen, diesen oder jenen Juristen, den Schwarzenberg benutzt haben könnte, aus der grossen Menge hervorzuheben, als vielmehr das Vorhandensein vollkommen übereinstimmender Grundsätze und Bestimmungen in mehreren zu constatiren.

§ 15. 2) Die italienischen Juristen als Quelle des processualen Theiles der Bambergensis.

Die zwei Processformen, denen die italienische Jurisprudenz den weitaus grössten Theil ihrer Aufmerksamkeit zuwendet, sind die accusatio und die inquisitio. Während die letzte ihre Ausbildung von dem

Th. 2. S. 979 u. 1182). Die Tractate dieses Juristen de haereticis et sortilegiis eorumque poenis (cf. Fichardi mall. malefic. II), de quaestionibus et tortura, de poenis omnifariam coitus illiciti, de relaxatione carceratorum stehen im Tractatus Tractatuum T. XII, P. I u. II und im Volumen praeclarissimum v. Joh. Bapt. Ziletti. Die Ueberschrift des Tractatus de haereticis lautet: T. de h. et eorum poenis Pauli Ghirlandi Castellionis ICti Florentini, criminalium causarum Auditoris R. P. D. Andreae de Jacobaeis S. D. N. Papae Almaeque urbis Vicarii generalis.

1) Ueber ihn und den ihm fälschlich zugeschriebenen Tractat s. Savigny Bd. 4. S. 244 ff. S. 259 u. Biener S. 79.

2) Nach Jöcher ein Jurist des 15. Jahrhunderts aus Lodi (daher Laudensis), der zu Pavia und Siena lehrte.

3) Diese Angabe ist wohl richtig, da der im Jahre 1529 verstorbene Hippolytus de Marsiliis (§ diligenter n. 181) Franciscus Brunus bereits citirt.

canonischen Rechte empfing, verdankte jene ihre Theorie dem römischen und blieb desshalb lange Zeit der einzige von den Civilisten berücksichtigte modus procedendi.

Dies änderte sich indessen in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts, als der Civilist Roffredus die Entdeckung gemacht hatte, dass der Inquisitionsprocess in seinen Grundlagen sich schon im römischen Rechte vorfinde und von dem canonischen nur in bestimmteren Formen entwickelt worden sei. Jetzt liessen die italienischen »Romanisten« demselben in ihren Darstellungen eine eingehende Behandlung zu Theil werden, und es bedurfte kaum noch der Behauptung von Albertus Gandinus, dass das inquisitorische Verfahren auch im longobardischen Rechte uneingeschränkt anerkannt sei, um demselben den Eingang in die Gerichte der italienischen Städte und die Bestätigung durch deren Statute zu verschaffen.

Freilich vollzog sich die Reception des canonischen Inquisitionsprocesses nicht, ohne dass derselbe dabei bedeutende Modificationen erfahren hätte. So wurden die denunciatio und das notorium, bisher noch selbständige Formen des kirchlichen Criminalverfahrens, als Grundlagen der Inquisition mit dieser selbst in Verbindung gebracht. An die Stelle der capitula des canonischen Rechts trat die charta oder der libellus inquisitorius, der, die Resultate der Voruntersuchung zusammenfassend, dem ganzen Verfahren zu Grunde gelegt wurde. Aus einer unbedeutenden Stelle, der l. 1 § 24 D. ad SC. Silanianum, zog man die Grundlage der wichtigen Lehre vom corpus delicti. Der Satz des canonischen Rechts, dass die Inquisition nur zu einer poena extraordinaria führe, wurde übergangen, der dem römischen Rechte unbekannte Reinigungseid gänzlich vernachlässigt. Die aus dem römischen Anklageprocess herübergenommene Tortur veranlasste genauere Verhandlungen über den Werth und die Kraft der Indizien. Das römische Recht lieh dem Inquisitionsprocesse ferner die Lehre von den Appellationen, das germanische den Achtsprocess gegen flüchtige Verbrecher. Mit Umgehung endlich des römischen wie des canonischen Rechts statuirte man für gewisse Fälle die Zulässigkeit von procuratores[1]).

In dieser Weise romanisirt wurde der canonische Inquisitionsprocess nach Deutschland übergeführt, wo er eine um so bereitwilligere Aufnahme fand, als er dem Bedürfnisse der Zeit, das bereits seit

1) Vergl. Biener, Beiträge S. 91 u. 92 und dessen Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. Heft II. S. 70 u. 71.

zwei Jahrhunderten die treibende Kraft in der Entwicklung des deutschen Strafverfahrens war, vollständig zu genügen schien. Unabhängig von dem Belieben des Beschädigten und seiner Klage den Verbrecher überall zu verfolgen, unabhängig vom Zufall, ob der Kläger den Anforderungen eines formellen Beweisverfahrens zu genügen vermöge, die Wahrheit zu erforschen, unabhängig von der Sühnung des Beschädigten um der Gerechtigkeit willen den Verbrecher unnachsichtlich zu strafen [1]), das waren Aufgaben, deren Dringlichkeit man bei der immer tiefergehenden Einsicht in das Wesen des Verbrechens, in das Recht und die Pflicht des States dem Verbrecher gegenüber je länger, desto lebhafter fühlte, und deren Lösung der Leumundsprocess allerdings gesucht, aber nicht gefunden hatte. Wie viel mehr Aussicht, eine solche zu erreichen, hatte nicht der Inquisitionsprocess! Mit den festen und geordneten Formen, die er theils von der kirchlichen Gesetzgebung, theils aus den Händen der italienischen Praktiker erhalten hatte, schien er in erster Linie berufen zu sein, an die Stelle des abgelebten und zum Theil schon beseitigten deutschen Strafverfahrens zu treten. Die ältesten Statute, die mit Beseitigung des alten deutschen Strafprocesses einer-, des Leumundsverfahrens andererseits den Inquisitionsprocess in der Gestalt in sich aufnahmen, die er unter dem Einflusse der italienischen Doktrin und Praxis erhalten hatte, sind die beiden Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell und die Wormser Reformation. Diese drei Gesetzgebungen müssen daher als die Vorläufer auf dem Wege bezeichnet werden, welchen die Bambergensis und Carolina in einer für die Zukunft des deutschen Strafprocesses so entscheidenden Weise gegangen sind.

Wenn auch zugestanden werden muss, dass die C. C. B. den Versuch, die deutsche Gerichtsverfassung und die Grundformen des deutschen Strafverfahrens mit der Processtheorie der italienischen Juristen zu vereinigen, in viel planmässigerer und selbständigerer Weise gemacht hat als ihre Vorläufer, so darf das Verdienst dieser letzteren, vor Allem der Wormser Reformation, desswegen nicht gering angeschlagen werden; insbesondere wird derjenige, der mit Herrmann [2]) die Spitze der geschichtlichen Bedeutung der C. C. B. darin erblickt, das Untersuchungsprincip im Criminalprocesse zur Geltung gebracht zu haben, jenen drei Statuten seine Anerkennung am allerwenigsten entziehen dürfen.

1) Siehe diese Worte bei Hälschner, Geschichte. S. 69.

2) Joh. v. Schwarzenberg S. 31.

In den Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell bildet das Verfahren von Amtswegen, wie wir sahen, so sehr die Regel, dass des Processes auf Grund einer Privatanklage ausdrücklich gar nicht mehr gedacht wird.

Die Wormser Reformation kennt das accusatorische und das inquisitorische Verfahren und normirt beide, widmet aber dem letzteren weit grössere Sorgfalt, sei es nun, weil sie auch hierin ihren Quellen die genaueste Rücksicht schuldig zu sein glaubte, sei es vielleicht in der richtigen Einsicht, dass die von ihr festgehaltene Erschwerung der Anklage durch die vom Kläger zu leistende Bürgschaft und die zu übernehmende Beweisführung — jetzt kein Recht mehr, sondern eine Last! — schliesslich doch eine gänzliche Verdrängung des accusatorischen Verfahrens durch das inquisitorische herbeiführen müsse. Insofern ist bei ihr der Bruch mit der Vergangenheit noch viel entschiedener als bei der C. C. B.

Wenn man bedenkt, wie unverhältnissmässig Weniges sich in der letzteren über den Inquisitionsprocess findet, wird man kaum annehmen dürfen, dass Schwarzenberg jenen Erfolg, den das Bestreben der Landesobrigkeit, gegen jedes Verbrechen unnachsichtlich einzuschreiten, noch beschleunigen musste, vorausgesehen habe; ein Vorwurf dürfte ihm indessen daraus um so weniger gemacht werden, als sich in jener Zurückstellung des Offizialverfahrens seine grössere Selbständigkeit gegenüber denselben Quellen zeigt, aus denen auch die Wormser Reformation schöpfte. Schwarzenberg wollte nicht völlig Neues schaffen, nicht mit der Vergangenheit brechen, sondern durch die Verbindung der lebensfähigen deutschen Elemente mit dem fremden Rechte auf einen neuen Rechtszustand hinüberleiten. Das deutsche, insbesondere das bamberger Recht besass aber in der That ein Institut, welches, den Grundgedanken des Inquisitionsprocesses theilend, das Bedürfniss nach der Aufnahme des letzteren Manchen, die für das einheimische Recht Sinn und Liebe behalten hatten, nicht gerade so dringend erscheinen lassen musste, wie es sich z. B. die Redaktoren der Wormser Reformation eingeredet hatten: das Klagen von Amtswegen.

Aus dem Grundsatze des deutschen Processes, »wo kein Kläger, da auch kein Gericht«, hervorgegangen, hatte es den Zweck, das Unbestraftbleiben der Verbrechen in den Fällen zu verhindern, wo kein Kläger vorhanden war, wie z. B. bei dem Todtschlage elender Leute, oder wo der zur Klage Berechtigte aus irgend einem Grunde nicht auftreten mochte. Das Gericht war es dann, das, freilich nicht allein im

Interesse der Gerechtigkeit, sondern auch aus finanziellen Gründen, die Sache desjenigen in die Hand nahm, der die Klage nicht erheben konnte oder wollte. Das hierauf folgende Verfahren schloss sich in seinen Formen ohne Zweifel an den gewöhnlichen accusatorischen Process an [1]. An manchen Orten war für das Anklagen von Amtswegen eine eigene Gerichtsperson aufgestellt. Die Radolphzeller H.-G.-O. — die Tiroliensis kennt ein solches Amt nicht — nennt sie den »Statkläger«. In der hessischen H.-G.-O. von 1535, einer getreuen, wenn auch verkürzten Copie der C. C. C., heisst sie der »Fiscal« [2].

In Bamberg war das Klagen von Amtswegen schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts praktisch. An dem Stadtgerichte versah die Stelle des öffentlichen Anklägers der Schultheiss; in Folge davon war bei Capitalverbrechen eine ohne seine und des Zentgrafen Einwilligung geschehene Thaidigung zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten oder dessen Familie völlig nutzlos [3].

Das bischöfliche Hofgericht besass nach Ausweis von uns erhaltenen Protokollen [4] einen eigenen Fiscal, und am Landgerichte fungirte als öffentlicher Ankläger, wenn ich nicht sehr irre, der neben dem »Anleiter« von der Landgerichtsordnung aufgeführte »Inzichter«, in dem Zöpfl wohl mit Unrecht den Ueberwacher des Folterverfahrens erblickt [5].

Was schon mehr als hundert Jahre in Bamberg gegolten hatte und, wie es scheint, mit solchem Erfolg gehandhabt wurde, dass der fremde Inquisitionsprocess als eine nicht gerade allzu dringende Neuerung erschien, durfte von Schwarzenberg unmöglich weggeworfen werden: er bestätigte also in der C. C. B. das Klagen von Amtswegen (Art. 102, 103, 215) und zugleich den Grundsatz, dass das dabei stattfindende Verfahren lediglich das des Anklageprocesses sein solle (Art. 215).

Das gilt es im Auge zu behalten, wenn man die untergeordnete Stellung des Inquisitionsprocesses in der C. C. B. begreifen will. In der That behandelt sie ihn immer noch als eine bloss in subsidium

1) Ueber die weite Verbreitung des Klagens von Amtswegen vergl. Klenze, Lehrbuch des Strafverfahrens S. 39.

2) Vergl. Biener, Beiträge. S. 143. Note 96.

3) Vergl. Zöpfl, Bamberger R. S. 135 u. Urkundenbuch § 162, 163.

4) Seitz in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 2. S. 435 ff., besonders die Proben S. 444: »M. Jobst Trebesmulner, fiscal«.

5) Zöpfl, Bamberg. R. S. 96 oben und Note 25. S. oben S. 42.

(»so kein Ankläger vorhanden«) anwendbare Processform, als einen in den deutschen Gerichten durch langes Herkommen bereits anerkannten modus procedendi extraordinarius und, während ihm die Wormser Reformation Bch. 6, Th. 2, Tit. 1 einen selbständigen Verlauf nach dem Muster der römisch-canonischen inquisitio zugesteht, bestimmt sie ausdrücklich, dass es bei dem Verfahren ex officio (»dem Annehmen der Uebelthäter von Amtswegen«) in Betreff der Bedingungen für die Einleitung des Verfahrens, des Rathsuchens in zweifelhaften Fällen, des Beweises, der peinlichen Frage, der Rechtfertigung des Beklagten und der Urtheilsfällung durchweg so gehalten werden solle, »wie clerlich hernach von denyenen die vff ancleger einbracht werden, geschriben vnd geordnet« sei (Art. 14, vergl. überh. Art. 10—16). So seiner Form nach dem Anklageprocesse unterstellt, bedurfte das Offizialverfahren allerdings keiner weitläufigen Normirung mehr. Das Wenige, was die C. C. B. über dasselbe bestimmt hatte, konnte genügen. Indessen fanden es doch schon die Redaktoren der C. C. C. für nöthig, diesem Wenigen einige, wie es ihnen schien, unerlässliche Zusätze zu geben und so den Ausbau des von der C. C. B. bloss fundamentirten Inquisitionsprocesses zu beginnen.

Ich signalisire hier nur die zwei bedeutsamsten.

Die C. C. B. Art. 10 lässt das Verfahren von Amtswegen bei Berüchtigung eintreten und betrachtet diese, wie das canonische Recht (und mit ihm noch Schriftsteller, wie Gandinus[1]) und Durantis)[2]), die infamia, als einziges Fundament der Inquisition. Spätere Juristen, wie Angelus Aretinus[3]), erkennen neben der infamia oder diffamatio noch eine Mehrzahl von Indizien (plura indicia) als hinreichende Grundlage für dieselbe an. Auf Grund dieser Autoritäten findet in der Wormser Reformation Bch. 6, Th. 2, Tit. 1 das Annehmen von Amtswegen statt bei Berüchtigung durch offenbaren oder gemeinen Leumund und beim Vorhandensein einer strengen Vermuthung oder glaublichen Anzeige.

Dasselbe bestimmt, die C. C. B. Art. 10 ergänzend, die C. C. C. Art. 6.

Nicht minder auffallend als der im Anfang des Art. 6 der C. C. C. befindliche Zusatz ist der ganze Schlusssatz desselben Artikels. Nach demselben muss der Richter vor Anlegung der Tortur gewiss sein, dass die That, um derentwillen der Berüchtigte oder Verdächtige an-

1) Rub. quomodo de malif. cognosc. per inq. n. 6.
2) Speculum l. III. p. 1. de inquisitione. § 2. n. 4.
3) Gl. quod fama publ. praeced. n. 4 ff.

genommen wurde, auch wirklich geschehen ist; es soll dies von ihm durch fleissiges Nachfragen, durch Einziehen von Erkundigungen festgestellt werden.

Die ganze Bestimmung des Art. 6 trifft ziemlich genau mit der l. 1 § 24 D. ad SC. Silanianum zusammen. Wenn man nun weiss, zu welcher Bedeutung diese unscheinbare Stelle in der italienischen Jurisprudenz gelangt ist, so wird auch der Zusammenhang klar, in welchem jene Anordnung ihren Platz in der C. C. C. gefunden hat. Die lex cit. ist, wie schon bemerkt, diejenige Stelle, in der die italienischen Praktiker die Grundlage für die von ihnen entwickelte Lehre vom corpus delicti zu erblicken glaubten; ihrem inneren Grunde nach ist diese freilich ein Ausfluss des Inquisitionsprocesses, dessen Wesen es so oft mit sich bringt, dass Thatbestand und That, Gewissheit des einen und Gewissheit der andern sich trennen. Desshalb gewinnt auch jene Lehre eine nachhaltige Bedeutung erst bei den Schriftstellern, die wesentlich vom Standpunkte des Inquisitionsprocesses aus schreiben, wie z. B. bei Albertus Gandinus, Angelus Aretinus u. A. Diese trennen alle die objektive Seite des Verbrechens d. h. die Frage, ob ein solches begangen worden sei, von der subjektiven d. h. der Frage nach der Thäterschaft in dem Sinne, dass sie die erstere klar gestellt wissen wollen, bevor Schritte zur Eruirung der zweiten gethan werden.

Die Gewissheit, dass ein Verbrechen begangen worden sei, nennt Albertus Gandinus [1]) die veritas delicti und verlangt, dass der Richter sich dieselbe durch Augenschein zu verschaffen suche. In derselben Weise sprechen sich Bartolus [2]) und Angelus Aretinus aus [3]); zu den Worten des letzteren fügt Augustinus erläuternd hinzu: Es müsse vor Allem liquide constare de delicto, ehe zur Folter geschritten werden könne, da diese ad liquidationem personae, nicht ad liquidationem facti vorgenommen werde [4]).

Was Albertus Gandinus mit »veritas delicti«, Augustinus mit »liquidatio delicti« oder »liquide constare de delicto« bezeichnet, dem geben spätere Italiener (Farinacius wohl zuerst) und nach ihnen die deutschen Praktiker den Kunstausdruck corpus delicti.

1) R. de praesumpt. et indic. dubit. n. 6 u. R. quomodo de malef. cognosc. per inquis. n. 3.

2) Lect. ad leg. ultim. D. de quaest. 48, 18 u. ad l. 1 § 24 D. ad SC. Silan.

3) Gl. quod fama publ. praeced. n. 108.

4) Vergl. Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. Bd. 2. S. 17 ff.

Bei dem grossen Nachdruck, mit dem die italienische Jurisprudenz das corpus delicti d. h. die Gewissheit des Verbrechens als Voraussetzung der Folter betonte, ist die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in C. C. C. keineswegs auffällig, wohl aber wird man fragen dürfen, warum eine solche in der C. C. B. fehlt. Der Grund hiervon wird sofort klar, wenn man bedenkt, dass die Processform, die Schwarzenberg bei der Ausarbeitung seines Gesetzbuches fast ausschliesslich im Auge hatte, nicht die inquisitorische, sondern die accusatorische war.

Während nämlich beim Inquisitionsprocesse Jemand oft als Thäter bezeichnet wird, bevor über das Verbrechen selbst Gewissheit vorhanden ist, die Feststellung des Thatbestandes sich demnach als etwas Unentbehrliches aufdrängt, findet beim Anklageverfahren das Gegentheil statt: hier ist von dem Thatbestande nicht eher die Rede, als bis ein Bestimmter als Thäter angeklagt wird, und erbringt der gegen den Thäter gerichtete Beweis des Klägers in der Regel zugleich den Nachweis des Verbrechens.

Im Geiste Schwarzenbergs erscheint der Nachweis des Verbrechens von dem Belastungsbeweise des Klägers so untrennbar, so selbstverständlich, dass er nicht einmal für nöthig findet, ihn neben dem letzteren als Voraussetzung für die gefängliche Annahme des Thäters zu bezeichnen. Was er indessen im Art. 10 u. 17 versäumt hat, holt er im Art. 230 nach [1].

Wenn so leicht erklärlich ist, warum Schwarzenberg in der C. C. B. der Feststellung des Thatbestandes als einer Vorbedingung der Folter nicht ausdrücklich gedacht hat, so wird man dies nichtsdestoweniger als eine Lücke bezeichnen dürfen, deren Ausfüllung den Redaktoren der C. C. C. trotz des Redaktionsfehlers [2], der dabei unterlief, als ein Verdienst anzurechnen ist [3].

1) Vergl. auch die Reime zu Art. 17:
Kläger: Herr Richter lasst mir nemen an einen schadhafftigen mann.
Richter: Was ist die sach oder arckwan das der verclagt hat getan?

2) Die im Art. 7 der C. C. C. vorkommenden »vrtheyler« sind im Art. 6 ungeschickter Weise gestrichen worden.

3) Ebenso macht den Redaktoren der C. C. C. (bez. des Wormser Projektes) alle Ehre der Art. 21, der in der C. C. B. fehlt. Nach demselben soll durch Wahrsagereien oder überhaupt durch Zauberkünste niemals eine Anzeige zur gefänglichen Annahme oder Tortur eines Menschen erbracht werden können, und der Richter, der diesem Verbote zuwider das Eine oder das Andere vornimmt, dem Betreffenden »kosten, schmertzen, injurien und schaden« abzulegen schuldig sein. Der Art. 21 enthielt ohne Zweifel eine für jene Zeit wichtige Neuerung, da z. B. in Nürnberg nach Ausweis der Chroniken (s. oben S. 67) noch im Jahre 1501 das

Zwei Gründe sind, wie wir sahen, nach der C. C. B. maassgebend für die Eröffnung des Strafverfahrens: das Einschreiten des Richters von Amtswegen und die Ueberreichung einer Strafklage. Der Umstand, dass diese von einer im Namen der Obrigkeit auftretenden Person herrührt, übt keinen weiteren Einfluss aus: das Verfahren, das durch die Erhebung einer Strafklage veranlasst wird, ist ohne Rücksicht auf den Ursprung derselben accusatorisch, aber freilich accusatorisch nur der Form nach, in seinem Principe betrachtet inquisitorisch. Man kann den Accusationsprocess der C. C. B. in seinem Gegensatze zum Anklageverfahren des ältern deutschen Rechts nicht besser charakterisiren, als wenn man von ihm sagt, er sei zur blossen Anklageform mit inquisitorischem Principe herabgesetzt[1]. Das Gericht, im alten Processe unthätig, der materiellen Wahrheit gegenüber gleichgültig, spielt in ihm eine so umfassende, tiefeingreifende Rolle, dass die fast einzige bedeutsame Mitwirkung des Klägers in der gehörigen Begründung der Klage besteht.

Er leistet Bürgschaft, dieser seiner Verpflichtung durch Anführung von Beweismitteln oder Nennung genugsamer Indizien oder endlich durch Widerlegung etwaiger von dem Beklagten eingelegter Einreden nachkommen zu wollen, und zwar, wenn es sein muss, in der Form der Personalhaft, ebenso dafür, dass er den Beklagten beim Fehlschlagen seines Beweises entschädigen werde — dann aber scheidet er mit Hinterlassung seiner Adresse aus dem Processe aus und tritt in demselben nur dann wieder auf, wenn es sich handelt, den von ihm angetragenen Zeugenbeweis gegen den läugnenden[2] Beklagten durchzuführen.

Schon aus diesen Bestimmungen lässt sich entnehmen, wie sehr sich das alte Anklageverfahren in der C. C. B. geändert haben muss,

Bahrrecht zur Auffindung von Mördern angewendet wurde. Für die Entstehung des genannten Artikels war jedenfalls der Umstand entscheidend, dass auch die italienische Jurisprudenz den divinationes und incantationes als verwerflichen Künsten die Kraft, ein indicium ad torturam zu erzeugen, gänzlich absprach. Cf. Franciscus Brunus P. I. qu. 3. n. 35, Hippolytus de Marsiliis § diligenter n. 181 (interessant), Marcus Blancus, de indiciis n. 397 ff.

1) Herrmann, Joh. v. Schwarzenberg S. 29.

2) Aber nicht, wie John in v. Holtzendorffs Encyclopädie der Rechtswissenschaft 2. Aufl. S. 724 meint, gegen den schon gefolterten Beklagten. Es widerspräche dies dem fundamentalen Satze: Non est deveniendum ad torturam, si aliunde veritas haberi potest, den die C. C. B. zwar nicht ausspricht, aber doch voraussetzt. Auch die Bemerkung Johns a. a. O., dass der Kläger vorgeladen werde, um bei der Folter zu assistiren, ist unrichtig. Vergl. C. C. C. Art. 47. Abs. 2.

eine Betrachtung ihrer Beweislehre kann darüber nicht den geringsten Zweifel mehr übrig lassen.

Der eigentliche Kern des Beweissystems der C. C. B. liegt in dem von uns schon besprochenen Art. 29, wo gesagt wird, dass niemals auf »eyncherley anzeygung, argkwon, warzeichen oder verdacht«, sondern nur auf »eygen bekennen oder beweysung« zu peinlicher Strafe verurtheilt werden dürfe.

Hiernach trat also Verurtheilung ein:

1) Wenn der Angeschuldigte freiwillig gestand. Die Italiener vertreten denselben Grundsatz, insbesondere weist Albertus Gandinus [1]) die Ansicht, als ob das Geständniss nicht sogleich vollen Beweis erbringe, sondern erst noch eine wiederholte Befragung des Beklagten verlange, energisch zurück. Aber freilich fordern dieselben zur Condemnation ein glaubwürdiges Geständniss, sodann das Feststehen des objektiven Thatbestandes (constare de corpore mortuo, de rebus subtractis), Dinge, an welche zu erinnern, Schwarzenberg wenigstens beim freiwilligen Geständnisse für unnöthig fand.

2) Wenn gegen den Angeschuldigten ein vollgültiger Zeugenbeweis geführt wurde [2]). Zu einem genugsamen Zeugenbeweise gehört aber nicht nur die erforderliche Anzahl (Art. 78) tauglicher und glaubwürdiger (Art. 75 ff.), sondern auch nach gesetzlicher Vorschrift (Art. 81 ff.) verhörter Zeugen. Nach beiden Seiten hin haben die Verfasser der C. C. B. sehr viel Umsicht gezeigt. Augenscheinlich sind hier vorwiegend römische Grundsätze benützt, wenn ich auch nicht gerade behaupten möchte, dass die C. C. B. alle ihre hieher gehörigen Vorschriften direkt aus den Schriften der italienischen Juristen entnommen hat. Sicherlich waren dieselben schon vorher in der deutschen Praxis zur Geltung gelangt; des sind mir Bürge die Nürnberger (Tit. 8) und die Wormser Reformation (Bch. 1, Tit. 11) sowie der Klagspiegel, in denen sich einige der fundamentalen Sätze der C. C. B. vollkommen übereinstimmend mit der letztern ausgesprochen finden.

1) Rub. de quaest. et torment. n. 15. Cf. Guido de Suzaria de indiciis et tortura n. 43, 44, Baldus de Periglis, de quaest. et torm. c. II. n. 2, Ambertus de Antramonia de quaestionibus et tortura n. 5, Bonifacius de Vitalinis R. quae indicia deb. praeced. n. 3.

2) Das ist positiv ausgedrückt der Begriff des Wortes »beweysung«; er ist identisch mit dem Beweise durch die Aussage zweier oder dreier tauglicher und unverdächtiger Zeugen. Vergl. John in v. Holtzendorffs Encyclopädie. 2. Aufl. S. 725. Dieselbe Bedeutung in der Wormser Reformation. Bch. 3, Th. 3, Tit. 3.

So schliesst die Nürnberger (Tit. 8, Ges. 11) und nach ihr die Wormser Reformation vom Zeugnisse aus »alle offenbarlich verlewmaten personen«, ferner Personen unter 20, in civilibus unter 8 Jahren und Frauen. Ascendenten lassen beide für Descendenten und umgekehrt nur in subsidium (»wann an getzügen oder kuntschaftern gebruch erschyne«) zum Zeugnisse zu, wie Schwarzenberg dies, den Italienern folgend, bei den Frauen und jungen Personen gethan hat.

Neu gegenüber den angeführten Statuten, aber bei den Italienern allgemein anerkannt, ist in der C. C. B. die Ausschliessung

der unbekannten Zeugen, testes ignoti et obscuri [1]),

der belohnten Zeugen, testes pecunia corrupti, etiamsi verum dixerunt[2]),

der Zeugen, die nicht aus eigener Sinneswahrnehmung (de proprio visu), sondern vom fremden Hörensagen (de alieno auditu) deponiren [3]).

Wenn wir im Vorigen nach Art. 29 der C. C. B. als Folge des genugsamen Zeugenbeweises die Verurtheilung bezeichneten, so ist dies ungenau, denn Schwarzenberg hat im Art. 80 dem Principe des Art. 29 selbst eine ganz inconsequente Beschränkung hinzugefügt. Aehnlich wie er im Art. 23 das Geständniss der »unzweiffenlichen Missetat«, wenn es nicht freiwillig erfolgt, mit der Tortur erpresst wissen will, so soll der durch einen vollgültigen Zeugenbeweis Ueberführte, wenn er läugnet, noch auf die Folter gelegt und erst, wenn diese kein Resultat erzielt hat, auf Grund jenes Zeugenbeweises verurtheilt werden.

Zur Erklärung dieser auffallenden Hochschätzung oder, wie wir jetzt sagen dürfen, Ueberschätzung des Geständnisses wird man vor Allem im Auge behalten müssen, dass die Anerkennung des Privatzeugnisses als eines selbständigen und genugsamen Beweismittels in Deutschland zu einem offenbaren Abfall von dem nationalen Rechtsgeiste geführt hat, schon desshalb, weil dieselbe gegen das Princip der Ebenbürtigkeit verstiess, nach welchem man nur das Zeugniss seines Genossen gelten zu lassen brauchte, sodann weil sie eine Veränderung in der althergebrachten Reihenfolge der Beweise bedingte [4]). Allerdings haben Albrecht und Planck [5]) glaubhaft gemacht, dass das

1) Cf. Angelus Aretinus Gl. qui judex statuit n. 13.

2) Cf. Angelus Aretinus l. c. n. 16.

3) Cf. Angelus Aretinus l. c. n. 22 und besonders Durantis Specul. jud. l. I. p. 4 de teste § 1, n. 53 und den Klagspiegel Bl. 151 c.

4) Vergl. Planck in der Zeitschr. für deutsch. R. Bd. 10. S. 316 ff. und dessen Lehre vom Beweisurtheil § 7—10.

5) Planck, Zeitschrift für deutsch. R. Bd. 10. S. 300—316, ebenda auch die Citate für Albrechts diss. de probationibus.

deutsche Recht selbst langsam zur Anerkennung des Privatzeugnisses hindrängte, allein der Hauptsache nach erfolgte dieselbe doch unter dem Einflusse der fremden Rechte.

Wenn man nun bedenkt, wie sehr das Privatzeugniss als eine für sich genügende Kenntnissquelle dem deutschen Rechtsbewusstsein widerstrebte, und in wie vielen Beziehungen der Uebergang zu demselben erschwert war, so ist es ganz natürlich, dass lange Zeit neben einer offenbaren Unklarheit über die Erfordernisse des Zeugenbeweises [1]) der rechte Glaube an die Eigenschaft dieses Beweismittels, objektive Wahrheitsgarantie zu sein, fehlte, dass man dasselbe vielmehr als Material für die selbständige richterliche Beurtheilung behandelte und zur Verurtheilung noch eine Bewährung des vorliegenden Zeugnisses durch ein Beweismittel formeller Natur, den Eid des Klägers selbsiebent verlangte: durch diesen ergänzt, erhielt das Zeugniss nach dem Rechtsgefühl jener Zeit den ihm von Haus aus fehlenden Halt und die Kraft, als Grundlage für ein verurtheilendes Erkenntniss zu dienen.

Wie sehr gerade in Franken das Uebersiebnen als Bewährung des Zeugenbeweises Regel gewesen sein muss, das ergibt sich aus dem schon oben erwähnten, dem Bischof Lorenz von Würzburg verliehenen Privilegium Maximilians I., nach dessen Wortlaut der Bischof den Kaiser gebeten hatte, in seinem Stifte »auf eines jeden ubelthäters offenbare handlung, selbsterkanntniss oder beweisung, die zum rechten gnugsam were, nach eines jeden verwürckung oder verhandlung richten« zu dürfen [2]). Noch bezeichnender ist die bis jetzt wenig beachtete [3]) Bestimmung der Wormser Reformation Bch. 3, Th. 3, Tit. 3, die folgendermaassen lautet:

> »In pynlichen sachen söllen clar luter vnd gantz vnzweyffelhafftig volkomen bewysung gescheen durch zügen die on allen verdacht vnd on argwone sind. wider die nit vsszüg oder inrede kommen. vnnd in disem fall soll der Eidt dem cleger zu hilff syner bewerung nit erteilt noch vffgelegt werden«.

Sie zeigt deutlich, dass in Worms die Ergänzung des Zeugnisses durch den Eid des Klägers bis zum Jahre 1498 fester Gebrauch war.

War man so gewöhnt, das Zeugniss nie für sich genügen zu lassen, sondern immer noch dessen Ergänzung durch den Siebenereid des Klägers

1) Vergl. Köstlin, der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens S. 288.

2) Vergl. Schneidt, Thesaurus juris franconici I. S. 494 Note.

3) Vergl. indessen Rosshirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Bd. I. S. 223.

zu verlangen, so musste sich durch die Abschaffung des Besiebnens (C. C. B. Art. 273) dieselbe Erscheinung wiederholen, die wir schon bei der »öffenlichen unzweiffenlichen Missetat« zu bemerken Gelegenheit hatten: man verurtheilte zwar den Ueberwiesenen ohne Scrupel, wenn derselbe geständig war, empfand dagegen, wenn er läugnete, ein um so dringenderes Verlangen nach jener althergebrachten, wie Köstlin sagt, subjektiven Bewährung und sah nach dem Untergang der Eideshülfe in dem Geständnisse des bereits Ueberführten die einzige mögliche Form, diesem Verlangen zu entsprechen, in der Folter aber das vollkommen legitime Mittel, dieses Geständniss selbst zu erlangen.

Auf diesem Standpunkte steht denn auch noch die C. C. B.: der Art. 80 zeigt klar, dass Schwarzenberg der volle Glaube an die Beweiskraft des Zeugnisses abging, oder wenigstens dass er diesen Glauben von seinen Schöffen nicht erwarten durfte. Es ist also ein Zugeständniss, das er seinem eigenen oder besser dem deutschen Rechtsbewusstsein überhaupt macht, wenn er den vollgültigen Zeugenbeweis vor der Verurtheilung des Ueberwiesenen durch ein ihm mit der Folter abgepresstes Geständniss ergänzt, bewährt wissen will. Den offenen Widerspruch, in den er auf diese Weise mit sich selbst (Art. 29) und dem römischen Rechte [1]) geräth, glaubt er dadurch zu beseitigen, dass er die Verurtheilung des Ueberführten dennoch gestattet, wenn derselbe der Folter zum Trotz nicht gestehen sollte. Der Art. 80 der C. C. B. ist eines der zahlreichen Compromisse, die das fremde Recht unter der Hand Schwarzenbergs dem deutschen Rechte gegenüber sich gefallen lassen musste. Die Redaktoren der C. C. C. haben im Art. 69 die selbstgenugsame Kraft des Zeugenbeweises anerkannt, aber nicht desshalb, weil sie, wie Köstlin [2]) meint, das fremde und das einheimische Recht in ihren Ansprüchen auszugleichen bestrebt waren, denn das zu thun, hat Niemand mehr gesucht als Schwarzenberg, sondern weil sie als exclusiv im römischen Rechte geschulte Juristen an dem Zeugnisse als genügender Wahrheitsgarantie zu zweifeln nicht die mindeste Veranlassung hatten.

1) Allerdings gab es auch unter den Italienern eine Ansicht, die dem Richter erlaubte, den Beklagten, der nach geführtem Zeugenbeweise läugnete, noch auf die Folter zu werfen, ut ore proprio delictum confiteretur. Cf. Bonifacius de Vitalinis Rub. de probatione et quot sunt n. 23. Ein solcher Gebrauch oder besser Missbrauch der Folter wird zwar zurückgewiesen, aber doch als in Frankreich und Italien herrschend bezeichnet. Cf. J. Clarus Sent. recept. lib. V. § fin. qu. 63. n. 7 u. Bajardus' additio zu demselben lib. V. § fin. qu. 66. n. 1.

2) Der Wendepunkt des deutsch. Strafverfahrens S. 290.

Geständniss und Zeugniss sind für die C. C. B. die alleinigen Grundlagen für eine Verurtheilung zu peinlicher Strafe; sie sind auch bei den Italienern, wenn auch nicht die einzigen[1], so doch weitaus die wichtigsten. Solange nun das eine oder das andere vorlag, konnte von einer Schwierigkeit auch bei Richtern vom Schlage deutscher Schöffen nicht gesprochen werden; eine solche zeigte sich erst dann, wenn es an beidem fehlte: hier musste der Angeklagte entweder freigesprochen, oder auf Grund eines genügenden Indizialbeweises über ihn die Folter verhängt werden.

Eine genaue Erörterung der Indizienlehre war desshalb eine der Hauptaufgaben Schwarzenbergs. Die Unmöglichkeit, hier erschöpfende Regeln aufzustellen, hat Schwarzenberg selbst ausgesprochen; wenn er dennoch mit der Entwicklung einer ganzen Reihe solcher Regeln hervortritt, so nimmt die C. C. B., wie die Wormser Reformation, den Charakter eines Gesetzbuches verlassend vorwiegend den eines Lehrbuchs für ungebildete Schöffen an[2].

Die Beweislehre der C. C. B. ist von jeher als ein Meisterwerk bezeichnet und ihrem Schöpfer zum grössten Verdienste angerechnet worden. Wenn ich bedenke, dass Schwarzenberg nicht nur die grössere Zahl seiner Indizien, sondern auch seinen Grundsatz, dass Niemand auf blosse Anzeigen hin verurtheilt werden dürfe, in der Wormser Reformation und im Klagspiegel vorfand, ja aus der ersteren sogar die Fassung für dieses bedeutungsvolle Princip entnommen hat, so kann ich die Behauptung, dass die Indizienlehre der C. C. B. etwas von ihm Neugeschaffenes sei, keinesfalls zugeben. Wenn wir jenen Vorgängern der C. C. B. gerecht werden wollen, müssen wir sein Verdienst vielmehr darauf reduciren, die Grundsätze derselben durchgebildet und die Masse der Indizien vervollständigt zu haben. Auch diese Durchbildung und Vervollständigung ist ihm nur durch ein genaues Studium der Italiener möglich geworden.

Dies zu beweisen, sei jetzt unsere Aufgabe!

Die Anzeigen oder Indizien lassen ihrer Natur nach eine mehrfache Eintheilung zu. Die C. C. B. Art. 26 u. 29 scheidet sie in redliche oder genugsame, die eine dringende Vermuthung begründen, und in solche, die nur eine minder dringende veranlassen; wir erkennen

1) Bei ihnen kamen hinzu Notorietät und Urkunden, deren Beweiskraft indessen sehr controvers war; bezüglich des Indizialbeweises hatte man sich, wie früher bemerkt, dahin geeinigt, dass er nicht zu einer Todes- oder Leibesstrafe führen könne. S. oben S. 108.

2) Vergl. Hälschner, Geschichte S. 74.

in den ersteren unschwer die indicia sufficientia oder auch urgentia der Italiener.

Die zweite Eintheilung, die zwar theoretisch von sehr geringem Werthe ist, durch welche aber die C. C. B. im Gegensatz zur Wormser Reformation ihre Anzeigen in eine sehr vortheilhafte Ordnung gebracht hat, ist die in gemeine Anzeigen d. h. solche, die bei allen Arten von Verbrechen vorkommen können, und in besondere d. h. solche, die gewissen Verbrechen eigenthümlich sind. Hälschner[1]) sieht gerade darin ein Zeichen für die Benutzung des Tractatus de indiciis et tortura von Franciscus Brunus, dass in demselben die gleiche Eintheilung aufgestellt sei. Ausdrücklich aufgeführt finde ich sie indessen bei Franciscus Brunus nirgends, nur an einer Stelle (P. I. qu. 3. n. 14) sagt er: Aliud est indicium generale super quolibet delicto, quando quis extra judicium confitetur se commisisse crimen illud. Dieser Passus, schon an sich geringfügig genug, wird aber zum Beweise der Hälschner'schen Behauptung ganz untauglich, wenn man sieht, dass die Eintheilung der C. C. B. lange vor Franciscus Brunus bei mehreren Italienern wiederkehrt.

Mit vollem Bewusstsein und wohl auch zum ersten Mal ausgesprochen finde ich sie in der lectura des Bartolus zur l. qui sine ff. de quaestionibus (= l. 22 D. 48, 18), woselbst mit der Eintheilung der Indizien in allgemeine und besondere eine andere in nahe und entfernte (indicia propinqua, tangentia negotium und remota) Hand in Hand geht. Die gemeinen Anzeigen der C. C. B., die an sich zur Folter nicht genugsam sind (Art. 32), haben wir fast alle schon in der Wormser Reformation und im Klagspiegel vorgefunden; damit ist deutlich gesagt, dass wir sie auch bei den Italienern wieder antreffen müssen.

Sie weisen denn alle ohne Ausnahme den Richter an, bei der Sammlung allgemeiner Anzeigen darauf zu sehen,

ob der Beklagte einen schlechten Ruf besitze (an is, contra quem inquiritur, est homo malae conditionis et famae, quae fama sumpsit originem non a malevolis, sed providis viris et discretis, omni exceptione majoribus),

welches sein früheres Leben gewesen, ob er z. B. gewöhnt sei, ähnliche Verbrechen zu begehen (cujus primo vitae fuit et an talia et similia, de quibus inculpatur, facere consuevit),

an welchen Orten der Angeklagte vor, bei oder nach der That sich befand, nam ex locorum varietate variae colliguntur conjecturae.

1) Geschichte S. 84.

mit welchen Leuten er verkehrte (cum quibus et per quae loca conversabatur delatus), besonders ob er mit übelbeleumdeten Personen vertrauten Umgang hatte (an amicitiam vel conversationem contraxit cum hominibus malae famae et maleficia perpetrare solitis),

ferner, ob zwischen dem Verletzten und dem Angeschuldigten Feindschaft bestand, oder ob früher schon von der einen oder anderen Seite Beleidigungen oder Verletzungen stattfanden, die auf eine noch vorhandene feindselige Gesinnung schliessen lassen (si erat inimicitia vel displicentia aliqua inter reum et offensum vel aliqua offensa vel injuria fuit inter eos),

endlich, ob der Beklagte unmittelbar nach dem Verbrechen sich unsichtbar gemacht habe (si aufugit vel statim se absentavit post delictum perpetratum)[1].

Auch der Umstand, dass sich Jemand aus seiner That besondern Nutzen versprechen konnte, wird von den Italienern ausdrücklich hervorgehoben. Bartolus macht auf ihn in der angeführten lectura ganz allgemein, Franciscus Brunus[2] beim Diebstahl aufmerksam: man habe darauf zu achten, ob die res subtracta dem Dieb cedebat ad commodum, ob z. B. die gestohlene Urkunde auf die Vermögensverhältnisse des Diebes Bezug hatte (puta erat instrumentum, quod ad eum pertinebat).

Dagegen wird das im Art. 32 Abs. 6 angeführte Indiz:

> »So ein verleczter oder beschedigter auss etlichen vrsachen, yemant der mysstat selbst zeyhet, darauf stirbt oder bey seinem Eydt betewert«

von den Italienern eher abgelehnt als, wie von Schwarzenberg, ausdrücklich betont. Die Wormser Reformation kennt dasselbe gar nicht, nur der Klagspiegel, Bl. 187 d, streift an einen Theil der Frage heran mit den Worten: »Item setz das einer tödtlichen verwundt in seym beth ligend sprech. der hat mich verwundt. ob dem den er also nent solichs schaden bringet? sprich neyn. ff. ad sylley. si quis in gravi. § 1. (= l. 3 § 1 D. ad SC. Silanian. 29, 5)« und scheint damit die Ansicht, als ob aus der Aussage des Verletzten eine Anzeige abgeleitet werden könne, zurückzuweisen.

Dieser Passus, den der Klagspiegel auf Guido de Suzaria zurück-

1) Guido de Suzaria n. 31—34, Albertus Gandinus Rub. de praesumpt. et indic. dub. n. 16 ff. u. Rub. de quaest. et torm. n. 14, Baldus de Periglis c. l. n. 10, Angelus Aretinus Gl. quod fama publica praeced. n. 18 u. 19, Bonifacius de Vitalinis Rub. de indiciis.

2) P. I. qu. 3. n. 5.

führt, aber Albertus Gandinus Rub. de transactionibus et pactis n. 16 entnommen hat, lässt denn zum voraus erkennen, welch' geringen Werth die italienischen Juristen der assertio vulnerati beilegten. Sie besprechen dieselbe im Anschluss an die auch vom Klagspiegel angezogene l. 3 § 1 D. 29, 5 und kommen fast alle darin überein, dass die Aussage des Verletzten sogar in mortis articulo kein zur Folter genügendes Indiz abgebe, sondern höchstens ad formandam inquisitionem hinreiche [1]. Baldus in seiner lectura ad l. 2 C. de calumniatoribus 9, 46 spricht von ihr als einer praesumptio vilis.

Die eidlich bekräftigte Aussage des Beschädigten führt nach Angelus Aretinus (Gl. quod fama publ. praec. n. 35) niemals zur Tortur, ausser ubi in civilibus faceret plenam probationem (Beisp. l. 9 C. unde vi 8, 4), nach Augustinus (zu Angelus c. l.) überhaupt nie, quia certe durum est, quod asserenti se esse derobatum, quod sibi credatur in criminalibus in facto proprio et ad ponendum reum ad torturam, quia, ubi ex dicto unius quis torqueri potest, opus est, quod ille sit omni exceptione major. — Dies scheint auch die Meinung Schwarzenbergs gewesen zu sein.

Wenn nun auch keines der im Art. 32 aufgeführten Indicien für sich betrachtet zur Folter genugsam ist, so sollen nach dem Art. 33 doch mehrere zusammengenommen eine redliche Anzeige ausmachen können, ebenso nach den Italienern.

Schon Albertus Gandinus glaubte ja, dass mehrere indicia dubitata in ihrer Vereinigung ein indicium indubitatum ausmachen und zur Verurtheilung führen könnten. Dieser Satz erlitt in der spätern Doktrin, die eine Verurtheilung zu einer Todesstrafe auf indicia quantumcunque indubitata verwarf, nur insofern eine Aenderung, als man jetzt annahm, dass die Vereinigung an sich zweifelhafter Indizien zwar nicht zur Verurtheilung, wohl aber zur Folter führen könne [2].

Bei der Frage, ob mehrere für sich allein zu schwache Indizien zusammengenommen die Kraft einer genugsamen Anzeige haben, sollen indessen nicht einseitiger Weise bloss die den Angeklagten belastenden, sondern auch die für seine Unschuld sprechenden Indizien in Betracht gezogen und die Folter erst dann decretirt werden, wenn

1) Cf. Jacobus de Beliovisu l. III. c. V. n. 12 u. 29, Angelus Aretinus Gl. qui judex ad prob. n. 6, dazu Augustinus n. 12, Franciscus Brunus P. I. qu. 3. n. 26, weitläufig Marcus Blancus de indiciis et tortura n. 390—396.

2) Gandinus Rub. de praes. et ind. indub. n. 11, 12, besonders Franciscus Brunus P. I. qu. 2. n. 6.

die ersteren entschieden das Uebergewicht haben. So der Art. 34 und mit ihm wörtlich übereinstimmend die Italiener.

Von dem Satze ausgehend, dass eine Vermuthung durch eine entgegenstehende aufgehoben werde (indicia et praesumptiones contrariis eliduntur praesumptionibus et indiciis), bei welcher Gelegenheit Franciscus Brunus (P. I. qu. 4. n. 4) besonders auf den Alibibeweis aufmerksam macht, fordern sie zur Tortur ein Ueberwiegen der beschwerenden Anzeigen über die entlastenden. Vorzüglich sehen sie in dem guten Rufe des Beklagten einen thesaurus inestimabilis, der ihn in vielen Fällen, so z. B. in dem, wo die gestohlene Sache bei ihm gefunden wird, von der Tortur zu erretten vermöge [1]. Das Gesagte führen sie selbst mit drastischen Beispielen aus: so z. B. werde die Anzeige, die darin liege, dass Jemand beim Heraustreten aus einem Hause mit einem unter dem Mantel verborgenen Gegenstand gesehen worden sei, durch die Thatsache aufgehoben, dass jener Heraustretende Handel treibe [2].

Von den »gemeyn genugsamen« Anzeigen Art. 35—39 habe ich alle bis auf die in den Artikeln 35 u. 36 angeführten schon besprochen und dabei direct oder indirect auf die Schriften der italienischen Juristen zurückgeführt.

Während ich das Indiz des Art. 36 erst bei einem späteren Juristen, Marcus Blancus [3], hervorgehoben finde, wiederholt sich der Inhalt des Art. 35 auch bei den frühern fast wörtlich; alle sehen darin, dass der Inculpat bei den verschiedenen über das Verbrechen gestellten Fragen schwankt (vacillat, variat), ein genügendes Indiz zur Tortur [4].

Für den Art. 39, dessen Inhalt wir zum Theil in der Wormser Reformation, zum Theil im Klagspiegel fanden, verweise ich zum

1) Cf. Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praeced. n. 34. Fr. Brunus P. I. qu. 3. n. 6, qu. 5. n. 1 u. 6.

2) Augustinus ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n. 10.

3) De indiciis et tortura n. 427: Res aliqua si relicta est in loco furti, quae justificetur esse alicujus, facit indicium contra eum, ut vult Cicero in d. lib. 2 ad Heren. in cap. in causa conjecturali in versic. factum (= Cicero ad Herennium lib. II. c. 5) dicens, si telum, si vestimentum, si aliquid hujusmodi relictum sit etc. Marcus Blancus lebte in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts — er starb 1548 50 Jahre alt — in der Lombardei. Wir besitzen von ihm eine Practica criminalis (Venetiis 1557. 8), aus der ein Stück unter dem Titel Tractatus de indiciis et tortura oftmals abgedruckt worden ist, so im Tractatus Tractuum T. XI. P. I. fol. 260 und im Volumen praeclariss. v. Ziletti fol. 357.

4) Cf. Guido de Suzaria n. 33, Jacobus de Bellovisu l. III. c. V. n. 4, Angelus Aretinus Gl. quod fama public. praeced. n. 105, Franciscus Brunus P. I. qu. 3. n. 30.

Ueberfluss auf Franciscus Brunus. Derselbe (P. I. qu. 3 n. 33) sagt, die Frage, ob minae ein genugsames Indiz zur Folter machen, hänge ab a conditione personae; nam si est homo potens exsequi minas et malae famae in eodem genere mali vel solitus minas executioni mandare et maxime si post minas statim reperitur commissum delictum, tunc minae faciunt indicium ad torturam[1]. Die prahlerische Aussage (jactatio), die That gethan zu haben, behandeln die Italiener durchweg als eine zur Folter genugsame confessio extrajudicialis; ebenso die C. C. B. Art. 39 (im Anfang)[2].

Auch von den Anzeigen, die sich auf »sunderlich geubt missetat« beziehen, haben wir einige (die in den Art. 40, 41, 42 u. 47 genannten) bei Anlass anderer Quellen besprochen. Im Ganzen tritt hier Schwarzenberg selbständiger auf, indem er einige Indizien aufstellt, für welche ich bei den Italienern keinen Anhalt finde, zum Theil auch mehrere, bei ihnen ganz allgemein behandelte des Näheren ausführt; so z. B. wird das Indiz, dass Jemand der praeparamenta zu einem Verbrechen überwiesen ist[3], zur Bildung zweier besonderer Anzeigen, der des »heimlichen vergebens« (Art. 45) und der des »heymlichen prandts« (Art. 50) benutzt. Etwas dem Art. 48 Analoges kennt die italienische Jurisprudenz insofern, als das bewusste receptare des Thäters nach dem Verbrechen, oder der Umstand, dass ihm zur Flucht verholfen wurde, eine freilich allein zur Folter nicht genügende Anzeige gegen den receptator als Gehilfen oder als Anstifter, überhaupt als particeps criminis bildet, wenn dieser letztere mit dem Thäter nicht affinitate conjunctus ist[4].

Wo sich Schwarzenberg durch die Aufstellung neuer Indizien von den Italienern emancipirt, ist er freilich nicht immer sehr glücklich. So z. B. sieht er (Art. 44) in dem Umstande, dass eine »meyde oder dirn mylch in den brüsten« hat, ein untrügliches Zeichen vorangegangener

1) Cf. Guido de Suzaria n. 34. Durantis Spec. jud. lib. II. p. 2 de praesumpt. § 2. n. 7. Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praec. n. 39. Bonifacius de Vitalinis Rub. de indiciis n. 7.

2) Cf. Jacobus de Bellovisu l. III. c. V. n. 10, Marcus Blancus n. 204. Die Worte des Art. 39 »vnd es were eine solche person, das . . . mag« sind nur auf den Droher zu beziehen. Die Frage, ob die jactatio, Jemanden erst noch tödten zu wollen (de delicto committendo), ein Indiz zur Tortur abgebe, behandelt Schwarzenberg nicht. Sie führt, ebenso wie die minae, nur dann zur Folter, si accusatus est malae qualitatis et solitus similia committere. Cf. Jacobus de Bellovisu l. III. c. V. n. 31, Marcus Blancus n. 185, auch Albertus Gandinus Rub. de praesumpt. et ind. indub. n. 12.

3) Cf. Fr. Brunus P. I. qu. 3. n. 29.

4) Vergl. z. B. Albertus Gandinus R. de praesumpt. et indic. dub. n. 18.

Niederkunft; allein ganz kurz nach Publication der C. C. B. erkannte man, dass man auf die Untrüglichkeit dieser Thatsache keineswegs bauen dürfe. Es wurde denn dieser Fehler noch im Jahre 1507 durch einen Eintrag in das sog. Correctorium verbessert[1].

Die speziellen Indizien, zu deren Bildung Schwarzenberg in den Werken der italienischen Juristen ein vollständiges Material vorfand, sind neben den auf die Tödtung bezüglichen nur die für den Diebstahl; hier konnte er aus dem Vollen schöpfen und hat es offenbar auch gethan.

Die gewichtigste hieher gehörige Anzeige und desshalb nicht bloss von den Italienern und der Wormser Reformation Bch. 6, Th. 2, Tit. 2 hervorgehoben, sondern auch von Schwarzenberg an die Spitze der Diebstahlsindizien gesetzt, ist die Thatsache, dass die gestohlene Sache bei Jemandem gefunden wird. Allein genügt sie zur Folter nicht, es wird vielmehr überdies noch erfordert, dass der Betreffende (penes quem res furtiva reperitur) malae conditionis, »leichtfertigen Wesens« sei, oder nicht beweisen könne, woher er die Sache bekommen habe. Das Hinzutreten dieser gravirenden Umstände führt zur Folter[2]; ebenso in der C. C. B. Art. 52, vergl. Art. 46.

Eine zweite bei den Italienern aufgeführte Anzeige des Diebstahls besteht darin, dass aliquis post furtum repertus est expendere pecuniam, cum ante pauper esset, nec reperitur, unde habuit. Auch diese Anzeige muss, um den Gebrauch der Folter zu begründen, noch durch einen anderen Verdachtsgrund (die Person war z. B. furari consuetus) unterstützt werden[3]. Fast wörtlich und übereinstimmend der Art. 54 der C. C. B.

Eine fast lehrbuchartige Entwicklung der Indizienlehre erwies sich in einem Gesetzbuche, wie der C. C. B., desshalb als unumgänglich nothwendig, weil sie das einzige Mittel war, den Schöffen über die capitale Frage, wann eine Anzeige genugsam, somit wann die erste Bedingung zur Folter gegeben sei, hinwegzuhelfen.

Das Vorhandensein mindestens einer[4] redlichen, mit zwei guten

1) Vergl. Hohbach im Archiv des C. R. 1844, S. 244 u. Geib ebenda 1845, S. 136.

2) Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praec. n. 15. Dazu Augustinus n. 21. Bonifacius de Vitalinis Rub. de furibus n. 5. Fr. Brunus P. I. qu. 3. n. 5.

3) Vergl. für alle Franciscus Brunus P. I. qu. 3. n. 5.

4) Ich sage einer, denn die Ansicht, dass die C. C. B. zur Folter mehrere indicia proxima verlange, ist unhaltbar, auch den Italienern zuwider, die es ausdrücklich an einer genugsamen Anzeige, wie unus testis de visu, confessio extra-

Zeugen bewiesenen[1]) Anzeige ist das von der C. C. B. am schärfsten betonte Erforderniss für die Anlegung der Folter, dessen Fehlen das auf ihr abgelegte Geständniss, und wenn es hundertmal ratificirt würde, null und nichtig macht (Art. 28) — aber nicht das einzige!

Es muss ausserdem, was die C. C. B. stillschweigend annimmt, die C. C. C. ausdrücklich verlangt, bevor zur Tortur geschritten wird, der Thatbestand des Verbrechens feststehen, endlich das Verbrechen, um dessentwillen sie angelegt wird, eine peinliche Strafe, also eine Todesstrafe oder ewiges Gefängniss oder eine Strafe an Leib oder Gliedern, nach sich ziehen. So wenigstens wird man den Art. 14 der C. C. B. (Art. 8 der C. C. C.) mit F. S. Böhmer[2]) im Gegensatz zu Anderen, die ihn auf Capitalverbrechen beschränken wollen, interpretiren müssen, wenn man in Betracht zieht, dass die Italiener die Anwendung der Tortur unter gewissen Bedingungen auch in civilibus nicht ausschlossen.

Sind nun die genannten Bedingungen vorhanden, so muss auf Verlangen des Klägers die Folter decretirt werden, jedoch soll nach dem Art. 57, bevor dieselbe gebraucht wird, der Beklagte »mit bedrohung der marter bespracht werden, ob er der beschuldigten missetat bekentlich sey oder nit«. Die Italiener nennen dieses Verfahren, das in der Praxis der spätern Zeit bekanntlich sehr missbraucht wurde, levis territio.

Auf den Begriff derselben gingen sie desshalb sehr genau ein, weil jede confessio metu tormentorum facta zu ihrer Gültigkeit die Ratification verlangte, es also darauf ankam, die levis territio, bei der eine solche nicht nöthig war, von jener zu scheiden. Die casuistische Art, in der sie dies thaten, gab zu vielen Controversen Anlass; einstimmig wurde indessen zugegeben, dass, so lange der Richter, wie dies wohl auch die C. C. B. Art. 57 will, den Beklagten ausserhalb des Foltergemachs mit der Tortur bedrohe, nur von einer levis territio gesprochen werden könne[3]). Das eigentliche Folterverfahren, das

judicialis, genügen lassen. Cf. Gandinus R. de quaestionibus n. 36. Angelus Aretinus quod fama publ. praeced. n. 13 u. Bartolus ad l. 22 D. 48, 18 n. 6.

1) C. C. B. Art. 30. Dazu für alle Bartolus ad leg. 22 D. de quaest. 48, 18 n. 7 u. Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praeced. n. 10: Quaero, qualiter probetur indicium? dic quod ad minus per duos testes.

2) Meditationes in C. C. C. Art. 8, § 2. Vergl. auch z. B. Guido de Suzaria n. 27. Bonifacius de Vitalinis Rub. de quib. caus. poss. torqu. n. 1. u. Fr. Brunus P. II. qu. 3.

3) Gandinus Rub. de quaest. n. 28 ff., besonders n. 30. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n. 117. Fr. Brunus P. II. qu. 2.

eintritt, wenn die Bedrohung mit der Marter zu keinem Resultate geführt hat, und es dem Beklagten nicht gelungen ist, seine Unschuld zu beweisen oder durch Zerstörung der gegnerischen Indizien glaubhaft zu machen, hat Schwarzenberg mit dreifachen Cautelen umgeben; sie betreffen das Maass der Tortur, die Art der Befragung bei derselben und die Behandlung des durch sie erhaltenen Geständnisses.

Das Maass der peinlichen Frage richtet sich in der C. C. B. Art. 71 nach der Person des zu Torquirenden und nach der Stärke der gegen ihn vorhandenen Verdachtsgründe. Bei den Italienern bestimmt sich dasselbe secundum personae conditionem et qualitatem criminis. Der Richter hat ihrer Meinung nach die Folter zu verstärken oder zu mässigen, je nach der Constitution (fortitudo, valetudo) und dem Alter des Delinquenten, sodann je nach der Grösse des in Frage stehenden Verbrechens. Torqueat judex, — so lautet die Regel, die den Richter bei der Tortur leiten soll, — ut reum innocentiae vel supplicio servet incolumem [1].

Für die Art und Weise der Befragung auf der Tortur macht Schwarzenberg den Richter noch auf einen Punkt aufmerksam, den er schon am Schlusse des Art. 32 und im Art. 38 berührt hat, darauf nämlich, alle Suggestionen zu vermeiden und den Angeklagten nur in genere, nicht in specie zu fragen. Ich habe oben gezeigt, welch' grosses Gewicht die Italiener auf die Innehaltung dieser Regel legen, und zwar wollen sie dieselbe nicht bloss bei der Nachfrage nach den Theilnehmern, sondern überhaupt bei der Befragung auf der Folter beachtet wissen [2].

Was das auf der Folter abgelegte Geständniss betrifft, so soll es nach der C. C. B. Art. 71 nicht eher angenommen und aufgeschrieben werden, als bis der Delinquent von den Marterinstrumenten befreit ist [3]. Eine ähnliche Bestimmung findet sich meines Wissens bei den Italienern nicht, dagegen sehen wir bei ihnen, wie in der C. C. B. Art. 69, einstimmig den Grundsatz anerkannt, dass die auf der Folter gemachten Aussagen erst dann für glaubwürdig zu erachten seien

1) Guido de Suzaria n. 19 u. 43. Jacobus de Bellovisu lib. III. c. IX. n. 2. Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praec. n. ·103. Bonifacius de Vitalinis Rub. qualiter sit hab. tort. n. 1 u. Rub. quae indicia deb. praec. n. 8.

2) Jacobus de Bellovisu lib. III. c. VIII. n. 3. Besonders Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praeced. n. 118. Fr. Brunus P. II. qu. 5. n. 56.

3) E. Henke (Grundriss einer Geschichte des peinl. deutsch. Rs. 2. Th. S. 63) hat den Art. 58 der C. C. C. ganz unrichtig verstanden; vergl. F. S. Böhmer Meditationes in C. C. C. Art. 58, § 4.

wenn der Torquirte nach Entfernung des Folterapparats und nach einem die Schmerzen der Tortur abschwächenden Zwischenraume auf denselben beharre (perseverat), sie ratificire[1]. Eben weil die durch die Marter erpresste Aussage ohne die Ratification keinen Glauben verdient, wird den Gerichtsschreibern wiederholt eingeschärft, dieselbe ja nicht auf eigene Faust als eine freiwillig gemachte zu erklären (actis apponere, quod ille tortus est sponte confessus), sie müssten sonst als Fälscher bestraft werden: eine solche Erklärung sei erst nach Ratification des Geständnisses erlaubt.

Indessen bei der blossen Urgicht, mag der Torquirte auch auf ihr beharren, beruhigt sich Schwarzenberg noch nicht; er macht es vielmehr dem Richter zur Pflicht, die Richtigkeit des Geständnisses noch durch die Erfragung der »bösen Umstände« zu prüfen und dasselbe erst dann für wahr anzunehmen, wenn er es mit jenen Umständen übereinstimmend erfunden habe. Das Zutreffen der letzteren fällt natürlich für die Glaubwürdigkeit des Bekenntnisses dann am meisten ins Gewicht, wenn sie derart sind, dass ein Unschuldiger sie nicht wissen konnte.

Welche Fragen zur Controle des Geständnisses am meisten geeignet seien, zeigt Schwarzenberg im Art. 60—64.

Die genannten fünf Artikel sind von der ganzen Indizienlehre diejenigen, die wohl am bestimmtesten Schwarzenberg zugeschrieben werden dürfen. Dennoch können auch für sie Anknüpfungspunkte bei den Italienern nicht abgesprochen werden.

Wir machten früher schon im Vorbeigehen darauf aufmerksam, dass nach der italienischen Doktrin das freiwillige Geständniss, sollte es anders zur Verurtheilung führen, besonders qualificirt sein musste: es musste glaubwürdig (verisimilis), bestimmt (certa et specialis, non vaga et generalis), endlich die eingestandene Thatsache selbst in ihrer Existenz festgestellt sein[2].

Naturgemäss legen die italienischen Juristen auf diese Erfordernisse grosses Gewicht, sobald es sich um ein auf der Folter abgelegtes Geständniss handelt. Dieses soll immer nur mit grösster Vorsicht aufgenommen, und unter Anderem ein Dieb nicht verurtheilt werden, wenn er alle möglichen und unmöglichen Diebstähle einge-

1) Guido de Suzaria n. 78, 79. Jacobus de Bellovisu lib. III. c. X. n. 8, 9, 10, 11 u. c. XV. n. 2, 3. Gandinus Rub. de quaest. n. 27. Angelus Aretinus Gl. quod fama publ. praec. n. 111. Bonifacius de Vitalinis R. quae indicia debeant praeced. n. 4 und R. de perseverat. post. torment. Fr. Brunus P. II. qu. 6.

2) Cf. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. quod fama publ. praec. n 113 ff.

steht (si confitetur maria et montes et plura furta commisisse); es mag der Richter vielmehr einen Gerichtsboten an den bestimmten Ort senden und sich durch ihn von dem Vorhandensein des gestohlenen Gutes überzeugen, ebenso darüber, ob der Dieb dasselbe an die von ihm bezeichneten Personen verkauft, verpfändet oder noch in seinem Besitze habe. Ohne eine solche Prüfung des Geständnisses — die Italiener sprechen von verificatio — könne zu leicht ein Unschuldiger verdammt werden[1].

Diese verificatio soll nach Franciscus Brunus P. II. qu. 6. n. 13 sogar dann nicht fehlen dürfen, wenn der Thatbestand des Verbrechens von vornherein festgestellt, und das Bekenntniss von dem Gefolterten ratificirt ist: auch hier soll der Richter Vorsichtshalber nicht ohne weiteres zur Verurtheilung schreiten, sed velit prius verificare factum ex certo signo v. g. si fuit aliquid subtractum, quaerat post confessionem, quid confessus fecerit de re subtracta, et si dicit se vendidisse vel pignorasse, an sit verum et his similia fiant, et nunc est de facto in hac inclita civitate Senensi in nostro praetorio, in quo detinetur unus, occasione homicidii de nocte commissi, et ille quandoque fatetur et quandoque negat, tamen ultimo persistit in confessione propter timorem torturae, cujus est nimium pavidus, et dicit se posuisse ensem, cum quo interfecit, modo in uno loco et modo in alio, et tamen adhuc non potest ex aliquo signo clare innotescere judici maleficiorum, quod iste vere fateatur certe male faceret, et ita sibi dixi, si ex sola confessione, ipsum condemnaret, nisi aliter dictam confessionem cum aliquo vero signo verificaret.

Dass in diesen Worten, die mit dem Art. 60 (Schluss) fast wörtlich übereinstimmen, schon die leitenden Gedanken zu der von Schwarzenberg vorgeschriebenen Nachfrage nach den bösen Umständen liegen, dass insbesondere mit den Worten »ex certo signo« Schwarzenbergs »warzeychen vnd vmbstende, die kein vnschuldiger wissen oder sagen kann« (Art. 65, 66) gemeint sind, brauche ich kaum hinzuzufügen, nur das sei noch bemerkt, dass die Verification, die Franciscus Brunus dem Richter so angelegentlich ans Herz legt, von den unmittelbar folgenden Juristen als für die Glaubwürdigkeit des Geständnisses unentbehrlich bezeichnet wird, so bei dem ungefähr gleichzeitig mit Schwarzenberg lebenden Franciscus Casonius[2],

1) Cf. Angelus Aretinus Gl. vestem coelestem n. 25. Fr. Brunus P. II. qu. 6. n. 10 ff.

2) Tract. de tormentis cap. XXI. n. 17, 18, 19. Cf. cap. XX. Franciscus Casonius Opiterginus lebte in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts. Seine

dessen Worte denen der C. C. B. ungemein nahe kommen. Quare licet confiteatur reus — sagt er l. cit. cap. XX. n. 2 — judex tamen debet quaerere et verificare infra scripto modo. Inprimis petat a reo, cur fecerit et cur occiderit, nam per causas quandoque cognoscitur innocentia rei, secundo petat a reo aliquid certum signum videlicet, si agat de homicidio, interrogabit, quid factum sit de armis et de qualitate armorum, nam ex iis et similibus veritas elucescit. Sin autem de furto agatur, interrogetur, quibus vendidit et si reus aliquot nominaverit, nominati examinentur et ab iis exploretur, an sit verum. Si in causa veneficii quis torquebitur, interrogetur, venenum ubi emit, a quo, quando, quanti, per quem dedit.

Damit dürfte denn die Behauptung Malblanks S. 131 und Anderer[1]), welche die Befragung der »bösen Umstände«, ebenso wie die Lehre von den gemeinen und besondern Indizien, auf Ciceros rhetorische Schriften[2]) zurückführen wollen, für immer abgethan sein. Allerdings sind Reminiscenzen an dieselben nicht in Abrede zu stellen, sie erklären sich aber leicht aus der Thatsache, dass die Italiener, so Guido de Suzaria, Albertus Gandinus, Angelus Aretinus u. A., bei dem spärlichen Material, das sie zur Bildung der Indizienlehre den Quellen entnehmen konnten, Cicero und Quinctilian, besonders deren rhetorische Arbeiten, ja sogar Schriftsteller, wie Seneca, benutzten. Wenn man die Citate der genannten Juristen ansieht, kann über die Sache kaum noch ein Zweifel sein[3]), und wenn Malblank die »Glossatoren« oder ihre Nachfolger, die Commentatoren, einer eingehenderen Aufmerksamkeit gewürdigt hätte, würde er es vielleicht unterlassen haben, den Geist Ciceros unnöthiger Weise heraufzubeschwören.

Was haben wir durch vorstehende Ausführungen gewonnen? Ich glaube die Ueberzeugung, dass der Strafprocess der C. C. B. seinem Wesen und seiner Struktur nach lediglich der italienische ist, derselbe

Tractate (Quaestiones criminales de accusationibus et inquisitionibus, de maleficiis, de tormentis) wurden 1544 u. 1603 in Köln gedruckt. Dieselben finden sich in den Tractatus illustr. ICtorum T. XI, P. 1. Venetiis 1584. Fol. 455, 281 u. 311, ebenso im Volumen praeclarissimum omnium tract. crim. v. B. Ziletti, der Tractatus de tormentis auf Fol. 412 ff.

1) S. Rosshirt, Geschichte und System des deutsch. Strafrechts. Bd. 1. S. 239. Birnbaum liess sich (Arch. des C.-R. Bd. 12, S. 430) durch Malblank zu bodenlosen Spielereien verleiten. Auch Biener, Beiträge S. 151 Anm. 13 glaubt noch an Cicero als Quelle der C. C. B.

2) Z. B. Rhet. ad Heren. l. II. c. 7, Orat. part. c. 14, ferner de inventione l. II. c. 13, Topica c. 12, de oratore l. II. c. 40.

3) So z. B. stützt Fr. Casonius die im Text citirte Stelle auf Cicero de invent. l. II. c. 7; vergl. Malblank S. 131, Not. e. S. auch oben S. 230. N. 3.

italienische Strafprocess, den der Verfasser des Klagspiegels dem Verständnisse der deutschen Halbgelehrten durch eine Compilation aus Roffredus, Durantis und Gandinus nahe bringen wollte, und den die Redaktoren der Wormser Reformation im genauen Anschlusse an ähnliche Autoritäten in ihr Gesetzbuch aufnahmen. Ebendies führt uns aber zu dem nicht minder wichtigen Resultate, dass Schwarzenberg in keiner Weise als der Schöpfer des in der C. C. B. niedergelegten Processes betrachtet werden darf[1]).

Wollen wir den Quellen, deren Benutzung wir im Vorigen darzulegen versuchten, Gerechtigkeit wiederfahren lassen, so werden wir den geistigen Antheil, der Schwarzenberg an dem processualen Theile der C. C. B. zukommt, dahin bestimmen müssen, die durch den Klagspiegel und die Wormser Reformation gangbar gemachten leitenden Ideen mit grösserer Schärfe durchgeführt, den in ihnen liegenden Rechtsstoff durch eine unläugbar geschickte Benutzung der italienischen Process-Schriften geordnet und vervollständigt zu haben. Wenn wir den processualen Theil der C. C. B. so beurtheilen, so erhalten nicht nur die Quellen desselben ihren verdienten Platz, sondern es wird auch Schwarzenbergs Verdienst auf das richtige Maass zurückgeführt. Was den Process der Bambergischen H.-G.-O. betrifft, so besteht dasselbe in der That weniger in der Originalität des von ihm Gebotenen, als vielmehr in der Unbefangenheit, mit der er an seine Quellen herantritt, und der Selbständigkeit, die er ihnen gegenüber zu wahren weiss. Man muss die C. C. B. dem Klagspiegel oder der Wormser Reformation gegenüberstellen, um diese Eigenschaften, wie sie es verdienen, würdigen zu können: alle drei schöpfen aus derselben Quelle, den Werken der italienischen Jurisprudenz, aber während die Verfasser der beiden letzteren sich damit begnügen, einige derselben zu excerpiren und die Auszüge in mehr oder minder passender Weise aneinanderzureihen, zieht Schwarzenberg den fremden Rechtsstoff mit einsichtsvoller Wahl und feinem Takte heran und sucht ihn mit dem einheimischen in eine organische Verbindung zu bringen; jene compiliren, dieser reproducirt in des Wortes bester Bedeutung, und durch die geistige Durchdringung und Verarbeitung der Quelle entsteht unter seiner Hand eine Schöpfung fast ebenso eigenartig, wie jene selbst, und um so bestechender, als sie von dem Meister in ein für jene Zeit klassisches Gewand gekleidet wurde.

1) Dies thun z. B. Zöpfl, Bamberger Recht S. 106 u. Köstlin, Geschichte des deutsch. Strafrechts S. 204.

§ 16. 3) Die italienischen Juristen als Quelle des strafrechtlichen Theiles der Bambergensis.

Mussten wir das Verdienst Schwarzenbergs, das man in den processualen Bestimmungen der C. C. B. zu finden gewohnt ist, auf Grund unserer vorigen Untersuchung nicht unerheblich schmälern, so gibt uns die Betrachtung einer Hauptquelle des strafrechtlichen Abschnittes unserer H.-G.-O. Gelegenheit, dasselbe wieder in seinem vollen Umfange anzuerkennen. Zwei Dinge sind in dem materiell-rechtlichen Theile der C. C. B. mit Rücksicht auf Schwarzenbergs Verdienst nicht hoch genug anzuschlagen: einmal die genaue Feststellung des Verhältnisses zwischen dem deutschen Particularrechte, »den guten Gewohnheiten« einer- und dem römischen, dem sog. gemeinen geschriebenen Rechte andererseits, sodann die äusserst geschickte Bestimmung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen.

Um das Erstere zu verstehen, wird man sich daran erinnern müssen, dass die Gültigkeit des römischen Rechts zur Zeit Schwarzenbergs im römischen Reiche deutscher Nation eine bereits feststehende Thatsache war, an der zu rütteln ein vergebliches Bemühen gewesen wäre [1]. Dies zu thun, kam aber auch Schwarzenberg nicht im entferntesten in den Sinn, da er selbst dem fremden Rechte seine volle Bewunderung zollte. Es geht das Letztere nicht nur aus der ausgegedehnten Verwendung hervor, die das römische Recht in der Bambergischen H.-G.-O. gefunden hat, sondern am schlagendsten wohl aus dem Umstande, dass Schwarzenberg der damals herrschenden, manchmal falschen Auffassung des römischen Rechts seine bessere Ueberzeugung unterzuordnen nicht ansteht. War so die Gültigkeit des römischen Rechts eine Thatsache, die Schwarzenberg weder ignoriren konnte noch wollte, so blieb ihm offenbar nur die Alternative, entweder das römische Recht seiner Gesetzgebung ausschliesslich zu

1) Welche Stellung man im Fürstenthum Bamberg bereits vor dem Erscheinen der C. C. B. zum römischen Rechte eingenommen hatte, haben wir früher aus der Erklärung der Reformation des Domdechaneigerichts von 1488 und der L.-G.-O. von 1503 ersehen. Die erste will nicht allein die ihr und der Reformation, sondern auch die »gemeinen Rechten« widerwärtigen Gebräuche abgeschafft wissen (s. oben S. 33), die zweite hebt im Titel 14 neben einer ausdrücklichen Anerkennung der praktischen Gültigkeit des römischen Rechtes tadelnd hervor, dass an einigen Zentgerichten »auss etlichen vnbestendigen gewohnheiten wider geschribene recht vnd gemeinen nvz« geurtheilt werde, und überweist desshalb die Inzichtssachen der ausschliesslichen Competenz des Landgerichtes. S. oben S. 41, 47.

Grunde zu legen[1]) — die Ausführung eines derartigen Planes hätte nicht nur eine gewaltsame Aenderung des gesammten deutschen Rechtszustandes mit unberechenbaren Folgen bedeutet, sondern wäre sicherlich auch über die Kräfte jener Zeit, Schwarzenbergs nicht ausgenommen, weit hinausgegangen — oder aber, wie schon der Augsburger Reichsabschied[2]) von 1500 wollte, dem einheimischen, meist in der Form von Gewohnheiten bestehenden Rechte angemessene Rechnung zu tragen und ihm innerhalb gewisser Grenzen dem römischen Rechte gegenüber eine gesicherte Position zu verschaffen, natürlich nicht ohne vorher die eingeschlichenen Missbräuche und Irrthümer aus ihm ausgestossen zu haben.

Für welchen der beiden Wege er sich zu entscheiden habe, darüber konnte Schwarzenberg unmöglich zweifelhaft sein und ist es wahrscheinlich auch keinen Augenblick gewesen, wohl aber darüber, wie er jene Grenze zwischen dem einheimischen und fremden Rechte zu ziehen habe. Zur Entscheidung dieser hochwichtigen, für den Erfolg seines Gesetzbuches geradezu präjudiziellen Frage fand Schwarzenberg auch nicht das Geringste vor, was ihm hätte als Norm dienen können, er mochte seine Blicke hinwenden, wohin er wollte. Die Tiroliensis und die Radolphzeller H.-G.-O., obwohl sichtlich unter dem Einflusse des fremden Rechtes stehend, halten es nicht für nöthig, das Verhältniss des letzteren zum einheimischen Rechte in irgend einer Weise zu bestimmen. Sie übergehen sogar die Subsidiarität des römischen Rechts mit Stillschweigen und das an einem Orte[3]), wo man sie in anderen gleichzeitigen Statuten fast immer ausgesprochen findet. Die Wormser Reformation (Bch. 6, Th. 2, Tit 21 a. E.) verweist ganz allgemein auf das Montrichterbuch alter Constitution, andere Ordnungen und Gesetze des gemeinen Rechten. Auch die italienischen Juristen, in den allgemeinen Lehren des Strafrechts doch die bewährten Führer Schwarzenbergs, boten für die Lösung der Frage keinen Anhalt. Sie bezeichnen das italienische Statutarrecht, gegen das sie sich wohl von Zeit zu Zeit einen Ausfall erlauben, dessen Gültigkeit sie

1) Dass diese Idee zur Zeit Schwarzenbergs, wenigstens was das Civilrecht betrifft, mehr als eine blosse Träumerei war, beweist der Vorschlag, den man Maximilian I. machte, er möge das römische Recht in einen Auszug bringen lassen und dann alles Schreiben über dasselbe verbieten. Kläglicher konnte freilich die Aufgabe der Reichsgesetzgebung nicht aufgefasst werden. Vergl. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. § 444 Note f u. g.

2) Tit. XIII. Neue Sammlung der R.-A. Th. II. S. 70.

3) Weiske S. 196 Abs. 2; Walchner § 26. Den Grund hievon bei Stobbe, Rechtsquellen I, 2 S. 132—133.

aber in keiner Weise bestreiten, einfach als eine Abweichung vom jus commune etwa mit den Worten: Sed hoc de consuetudine non servatur, ohne es mit dem letzteren, wie Hälschner behauptet, durch eine gewaltsame Interpretation in Einklang bringen zu wollen[1]. Einzig der Klagspiegel macht auf Bl. 186c die Bemerkung: ». . . . wann das erfarn der that steet vnd ist in dem willen des richters. aber die peen ist den geschribnen rechten behalten[2]«. Dasselbe sagt er schon auf Blatt 176b und fährt da fort: »Item wir söllen vnss genügen lassen an den peenen der geschriben rechten. ff. de ver. obli. si stipulatio (=?)«. Wäre es die Absicht dieser Worte, eine allgemeine, durchschlagende Regel aufzustellen, so wären sie mit Rücksicht auf die C. C. B. gewiss nicht bedeutungslos, da sie im Grossen und Ganzen dasselbe Princip aussprechen, das Schwarzenberg im Art. 125 (»aber sunderlich ist zumercken«) niedergelegt hat. Allein, hingeworfen wie die Aeusserung des Klagspiegels ist, darf kaum angenommen werden, dass sie etwas zur Aufstellung jenes so bedeutungsvollen Grundsatzes beigetragen habe.

Alle Quellen also liessen Schwarzenberg im Stiche! Wenn er die Frage dennoch und, wie wir wohl sagen dürfen, in befriedigender Weise gelöst hat, verdient er desshalb sicherlich um so höheres Lob.

Schwarzenberg betrachtet bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem gemeinen und dem particulären Rechte als das Entscheidende die Strafsatzung. Alle Fälle, welche nur bürgerliche Strafe im Sinne jener Zeit nach sich ziehen, dem Localrechte überlassend, unterscheidet er im Art. 125 die mit peinlicher Strafe bedrohten Handlungen in solche, die mit dem Tode, und in solche, die an Leib und Gliedern bestraft werden.

Darüber nun, ob die eine oder andere Strafgattung verwirkt ist, entscheidet das gemeine Recht als absolut gebietendes Recht, so also, dass jede abweichende particularrechtliche Disposition ausgeschlossen ist. In der richtigen Einsicht aber, dass die Anwendung einiger römischer Strafen in Deutschland theils unbequem, theils ganz unmöglich wäre, überdies auch das römische Recht Maass und Form nicht von jeder peinlichen Strafe angebe, überlässt es Schwarzenberg guter Gewohnheit und dem richterlichen Ermessen, mit Rücksicht

1) Man lese Gandinus R. de observantia statutorum und R. de multis quaestionibus dependentibus a statutis, sowie die Tractatus de statutis von Albericus de Rosciate, Bartolus u. Baldus. Vergl. Seeger im Gerichtssaal Jahrg. 24. 1872. S. 211. Note 59.

2) Cf. Gandinus Rub. Utrum poena possit augeri.

auf die Grösse der Schuld und andere Umstände die eine oder andere Strafart aus der durch das gemeine Recht festgestellten Strafgattung herauszuheben. Da ferner die C. C. B., wie die Wormser Reformation, keineswegs darauf Anspruch macht, ein vollständiges Gesetzbuch zu sein, so sanctionirt sie im Art. 126 die Subsidiarität des römischen Rechts in der Weise, dass seine Grundsätze über die Frage entscheiden, welche Handlungen sonst noch Strafe nach sich ziehen, und welche Strafgattung bei ihnen verwirkt ist, während die Wahl der Strafart wiederum dem richterlichen Ermessen anheimfällt [1].

Diese Bestimmungen [2], welche später unverändert in die C. C. C. übergegangen und so bindende Regel für das ganze deutsche Reich geworden sind, waren, wie der Erfolg gezeigt hat, das Beste, was zur Herstellung der Einheit und Harmonie zwischen dem deutschen und dem römischen Rechte geschehen konnte. Sie haben der deutschen Doktrin und Praxis ebensosehr eine feste Norm für die Grenzbestimmung zwischen beiden Rechtsgebieten an die Hand gegeben, als ihr die nöthige Freiheit der Bewegung gesichert und der Zukunft den richtigen Weg der Fortbildung vorgezeichnet [3]. Wenn man allgemein die Beseitigung des Conflictes zwischen dem einheimischen und fremden Rechte als den Hauptzweck der C. C. B. bezeichnet, so muss man, da sie denselben glänzend erreicht hat, auch darin ihr Hauptverdienst, darin die Spitze ihrer geschichtlichen Bedeutung suchen.

Das zweite eminente Verdienst Schwarzenbergs um das Strafrecht seiner und der kommenden Zeit liegt in der Bestimmung des Thatbestandes der einzelnen Verbrechen.

Schwarzenberg hat hier nicht nur mit wunderbarem Geschicke und einer für seine Zeit unerhörten Vollständigkeit [4], sondern auch mit einer Selbständigkeit gearbeitet, mit der die im processualen Theile seiner Arbeit bewiesene keinen Vergleich aushält. Zwar hat Hälschner [5]

1) So Hälschner Geschichte S. 86. Vergl. Hofacker im N. Archiv des C.-R. Bd. V. S. 446—457 u. Henke, Grundriss einer Geschichte des d. peinl. R. Th. 2. S. 79.

2) Ich halte es für ebenso oberflächlich als unhaltbar, wenn man in der Aufstellung derselben eine Finte erblickt (s. z. B. Malblank S. 144), durch die sich Schwarzenberg einerseits gegen die romanistischen Hetzereien seiner Zeit, andrerseits gegen die Eifersucht des deutschen Particularismus gedeckt habe.

3) Warum Schwarzenberg bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem gemeinen und particulären Rechte gerade die Strafsatzung als das Entscheidende betrachtete, hat Hälschner (Geschichte S. 87) treffend erklärt.

4) Nur ganz wenige Verbrechen sind mit der den mittelalterlichen Rechtsbüchern eigenthümlichen Kürze behandelt. S. den Art. 150 u. 151.

5) Geschichte S. 89.

nicht mit Unrecht darauf hingewiesen, dass schon sehr früh unter dem beginnenden Einflusse des römischen Rechtes sich im Süden von Deutschland eine Richtung geltend machte, die über die nackte Aufzählung einzelner Rechtssätze hinausgehend, die Rechtsinstitutionen in doktrinärer Form zu erfassen und durch casuistische Betrachtung zu erläutern suchte. Eine derartige Richtung zeigt sich bereits in dem Rechtsbuche Ruprechts von Freysing, sie tritt ferner in den unmittelbaren Vorläufern der C. C. B., der Wormser Reformation und den Maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol und Radolphzell, deutlich hervor, aber weder hier noch dort in dem Grade, dass eine dieser Arbeiten Schwarzenberg hätte zum Vorbilde dienen können.

Zur Lösung seiner Aufgabe standen diesem in der That nur zwei Faktoren zu Gebote: Das deutsche Gewohnheitsrecht und die Werke der italienischen Rechtsgelehrten. Das durch beide gebotene strafrechtliche Material galt es nach seiner Brauchbarkeit zu sichten und dann zu einem einheitlichen Ganzen zu verbinden. Dass zu einer derartigen Arbeit ein grosser Takt und eine aussergewöhnliche Einsicht in das Wesen der einzelnen Verbrechen gehörte, weiss jeder, der die Beschaffenheit des in Frage stehenden Rechtsstoffes, insbesondere dessen grosse Verschiedenartigkeit kennt. Schwarzenberg muss beide Eigenschaften in hohem Maasse besessen haben, denn jene Arbeit ist ihm in so vortrefflicher Weise gelungen, dass man die C. C. B. im Vergleiche zu vorhergehenden und gleichzeitigen Arbeiten ähnlicher Tendenz fast für das Kind einer späteren, mit Bezug auf das Strafrecht unendlich höherstehenden Epoche zu halten geneigt ist.

Freilich darf man auf der anderen Seite die Schwierigkeit der von Schwarzenberg gelösten Aufgabe auch nicht überschätzen: das, was er mit den einheimischen Gewohnheiten in eine organische Verbindung bringen musste und auch gebracht hat, war nicht das Strafrecht der römischen Quellen, sondern das der italienischen Praktiker. Man muss die Einflüsse kennen, die in Italien seit der Wiederbelebung des römischen Rechts bis zur Zeit Schwarzenbergs auf den strafrechtlichen Stoff der Quellen eingewirkt haben, um diesen Unterschied in seiner ganzen Tragweite würdigen zu können.

Schon unter den Glossatoren hatte derselbe mannigfache Umbildungen erfahren müssen[1]. Mit jugendlicher Rüstigkeit an die Quellen herantretend, suchten diese die verschiedenen Stellen der römischen

1) Vergl. Seeger im Gerichtssaal Jahrg. 24. 1872. S. 205 ff. Vergl. v. Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts Bd. I. § 33. S. 65.

Rechtsbücher und ihren oft widersprechenden Inhalt durch Aufsuchung der muthmasslichen Gründe, durch Unterscheidungen z. B. in crimina atrociora und leviora zurechtzulegen und, wo es anging, die einzelnen Aussprüche zu allgemeineren Principien zu erweitern.

Diese Arbeit der Glossatoren, aus dem in den Quellen enthaltenen strafrechtlichen Materiale ein zusammenhängendes Ganzes zu bilden, wurde von den Commentatoren in dialektischer Methode fortgesetzt, erlangte aber den Grad der Vollendung, der ihr eine Bedeutung auf Jahrhunderte verlieh, erst durch die im 13. Jahrhundert beginnende, von da ab immer enger werdende Verbindung der Wissenschaft mit der Praxis. Im Anfange war es das Verhältniss zu ihren Republiken, die ihnen von diesen übertragenen Rechtsgeschäfte, öffentlichen Aemter und Richterstellen, welche die italienischen Juristen dem thätigen Rechtsleben zuführte; im 14. und 15. Jahrhundert that dies der bei den Gerichten bestehende Gebrauch, behufs der Entscheidung anhängiger Processe Gutachten (consilia sapientium) eines oder mehrerer Rechtsgelehrten einzuholen, ein Gebrauch, der im 13. Jahrhundert aufkam und in der Folgezeit so sehr zunahm, dass das Abfassen von Consilien für jeden bedeutenderen Juristen die Thätigkeit wurde, der er den grössten Theil seines Lebens widmete, in der Regel aber auch seinen Ruhm und seinen Reichthum verdankte. Eine so intensive praktische Thätigkeit, welcher das bewegte Leben in den italienischen Städten fortwährend neuen Stoff zuführte, musste die italienischen Rechtsgelehrten bald über das Strafrecht der justinianischen Rechtsbücher hinausführen; was man dort in einzelnen Aussprüchen und Entscheidungen niedergelegt fand, musste zur umfassenden Lehre ausgebaut werden, was nur für den einzelnen Fall ausgesprochen war, wollte zum allgemeinen Principe erhoben sein. Die Arbeiten, in denen dieser Fortschritt der Hauptsache nach gemacht wurde, sind die Consilien. So entwickelt, um nur zwei Beispiele [1]) anzuführen, Richardus Malumbranus in einem durch einen geringfügigen Rechtsfall veranlassten Gutachten das Dogma der rückwirkenden Kraft neuerer milderer Strafgesetze, welches das gemeine Recht nur in ganz spezieller Anwendung kennt; so enfaltet sich unter der Einwirkung zahlreicher Consilien aus einigen allgemeinen Aussprüchen und zerstreuten Entscheidungen eine zusammenhängende und umfassende Lehre von der Nothwehr. Diese Consilia wanderten aber, nachdem sie von den Gerichten in Urtheilsform publicirt worden waren, nicht in die Archive, um dort den ewigen

1) Seeger a. a. O. S. 207.

Schlaf anzutreten, den die mit ihnen gefüllten Folianten heute in unsern Bibliotheken halten, sie wurden im Gegentheil eifrig gesammelt, der durch sie gebotene Stoff in den Vorlesungen, in den criminalistischen Tractaten und den Commentaren zu den römischen und canonischen Rechtsbüchern eingehend verwerthet und diese auf solche Weise ihrerseits zu brauchbaren Führern der Praxis gemacht.

Die enge Beziehung der Wissenschaft zur Praxis hatte aber noch einen andern nicht minder wichtigen Erfolg. Wollten die römisch gebildeten Juristen einen maassgebenden Einfluss auf die Praxis ausüben, was wohl der ausgesprochene Wunsch eines jeden von ihnen war, so mussten sie auch dem einheimischen, also vorzugsweise dem in der Lombarda und den italienischen Stadtrechten niedergelegten germanischen Rechte ihre Aufmerksamkeit zuwenden. Es muss zugegeben werden, dass sie dasselbe in einer Weise zu würdigen wussten, die ihnen alle Ehre macht. Wohl fehlt es nicht an Ausfällen gegen einzelne Gewohnheiten und statutarische Bestimmungen deutschen Ursprungs, das germanische Recht selbst aber in stolzer Ueberhebung anzufeinden und in seiner Geltung verkümmern zu wollen fällt ihnen nicht ein; die Lehre von der Strafbarkeit des Versuchs beweist im Gegentheil, zu welchen Zugeständnissen sie ihm gegenüber bereit waren[1].

Durch die stete, lebhafte Wechselwirkung zwischen der Wissenschaft und dem Rechtsleben wurde also nicht nur das römische Strafrecht erweitert und ausgebaut, sondern auch mit dem germanischen Rechte, ähnlich wie mit dem canonischen, zu einem Ganzen verschmolzen und dadurch ersteres dem Geiste und Verständnisse der Zeit angepasst.

In solcher Gestalt wurde das Strafrecht der römischen Quellen auf den italienischen Hochschulen gelehrt und in den Tractatus de maleficiis, den Commentaren u. s. w. vorgetragen, in dieser Gestalt wanderte es über die Alpen, so haben es auch Schwarzenberg und seine Mitarbeiter kennen gelernt und für ihre Schöpfung verwerthet.

Dass das römische Strafrecht zu einer Zeit in Deutschland aufgenommen wurde, wo es nach einer jahrhundertelangen Berührung mit dem germanischen und canonischen Rechte seine nationalen Eigenthümlichkeiten bereits abgestreift und selbst von den beiden Vieles in sich aufgenommen hatte, ist ein Umstand, der nicht nur Schwarzenberg bei seiner Arbeit zu Gute kam, sondern eine Thatsache allgemeiner

1) Seeger a. a. O. S. 209. 210.

Bedeutung: sie gehört mit zu den Momenten, die die Reception des römischen Strafsrechts vermittelt haben. Trotzdem ist sie bis jetzt von der Receptionsliteratur nur ganz wenig beachtet worden [1]. Gewöhnlich spricht man von einer Niederlage, die das römische Strafrecht bei seiner Aufnahme in Deutschland erlitten habe — so habe, um nur an Einiges zu erinnern, sein Strafensystem zum grössten Theil dem deutschen weichen müssen, ferner das römische furtum als Privatdelikt nur ganz vereinzelt Boden zu fassen gewusst — und bedenkt nicht, dass bereits die Italiener das erstere mehrfach (poena culei, deportatio in insulam etc.) für obsolet erklärten und mit einheimischen d. h. deutschen Strafen wieder ergänzten, und dass das letztere in der erwähnten Eigenschaft von ihnen schon im 14. Jahrhundert aufgegeben worden ist.

Im Folgenden soll eine im Laufe unserer Untersuchung bereits begonnene Arbeit fortgesetzt, nämlich gezeigt werden, welchen Einfluss die italienische Jurisprudenz auf den strafrechtlichen Theil der C. C. B. ausgeübt hat. Mehr zu thun und, statt eine blosse Uebersicht über den Rechtsstoff zu geben, den Schwarzenberg den italienischen Juristen verdankt, geradezu eine Anzahl von Werken namhaft zu machen, aus denen er denselben geschöpft hätte, ist aus früher mitgetheilten Gründen unmöglich. Wir beginnen mit den

I. Tödtungsverbrechen. So gewiss die Grundlage für die Behandlung, welche die Tödtungsverbrechen in der C.C.B. erfahren haben, im deutschen Rechte zu suchen ist, so unzweifelhaft ist es auf der anderen Seite, dass das römische Recht durch das Medium der italienischen Doktrin einen bedeutsamen Einfluss auf diese Behandlung ausgeübt hat, machte sich doch ein solcher lange vor der C. C. B. in der Glosse zum Sachsenspiegel und mehreren süddeutschen Stadtrechten (z. B. in denen von Strassburg und Frankfurt) in unverkennbarer Weise geltend. In keiner anderen Lehre gibt sich der eigenthümliche Standpunkt der italienischen Juristen, auf den wir im Vorigen hingewiesen haben, mit solcher Schärfe kund als gerade in der Lehre von der Tödtung [2].

1) Vergl. indessen Stobbe, Rechtsquellen I, 2. S. 124. S. auch Sohm in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 1. 1874. S. 258.

2) Man vergl. Albertus Gandinus R. de homicidariis eorumque poenis, Bartolus und Baldus ad Tit. D. ad leg. Cornel. de sic. 48, 8, Albericus de Rosciate de stat. bes. qu. 62, 64, Angelus Aretinus Gl. et appensate, dazu Augustinus, Aegidius Bossius, Tit. de homicidio, Ludovicus Carerius, Practica causarum criminal. (Lugd. 1550) § homicidium p. 179 seq., Julius Clarus § homicidium.

Dieselben gehen hier wie überall von dem römischen Rechte aus, tragen aber in Folge des fortwährenden Contactes mit einer auf dem longobardischen Rechte fussenden Praxis in das den römischen Quellen entlehnte Rechtsmaterial so viele ächt germanische Grundsätze hinein, dass dieses sein römisches Gepräge fast ganz verliert und eine Gestalt annimmt, die den Intentionen des römischen Gesetzgebers oft geradezu widerspricht[1]).

An Anknüpfungspuncten für eine Verbindung der Grundsätze des römischen und derjenigen des germanischen Rechts fehlte es nun bei der Tödtung gerade nicht: die Anwendung öffentlicher Strafen, die das germanische Recht auf absichtliche Tödtungen beschränkte, und die bei fahrlässigen Entleibungen übliche Buss- und Wergeldszahlung entsprachen der nur dolose Tödtungen strafenden lex Cornelia bez. der e lege Aquilia resultirenden Entschädigungspflicht. Erhebliche Schwierigkeiten verursachte dagegen einerseits die grosse Ausdehnung, die das germanische Recht der culpa nach dem casus hin gab, andererseits der Umstand, dass dasselbe die culpose Tödtung oft der dolosen gleich stellte.

Während das erste Hinderniss dadurch beseitigt wurde, dass man auf Grund der l. 36 D. de R. J. 50, 17 (culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti) die casuelle Tödtung auch dann für schuldhaft und strafbar erklärte, wenn derselben ein fahrlässiges Handeln oder ein versari in re illicita voranging, erzielte man im zweiten Falle eine Uebereinstimmung zwischen der lex Cornelia, die bekanntlich nicht einmal die culpa lata dem dolus gleichstellt, und dem einheimischen Rechte theils durch eine Berufung auf den Grundsatz: qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur, theils dadurch, dass man von Neuem zwischen dem versari in re licita und illicita unterschied und bei einem vorgängigen versari in re illicita culpa und dolus für gleich strafbar ansah.

Wichtiger als dies war der Fortschritt, den die italienische Praxis und Doktrin in der Behandlung der culposen Tödtung schon sehr frühe sowohl gegenüber dem römischen als dem deutschen Rechte machten. Die Thatsache nämlich, dass das italienische Statutarrecht auch bei culposen Tödtungen körperliche Strafe zuliess, sobald der Thäter seiner Entschädigungspflicht aus Unvermögen nicht nachkommen konnte, und die Betrachtung, dass das spätere römische Recht die fahrlässige Entleibung wenigstens extra ordinem bestrafe, führten beide bald zu dem

1) Vergl. für dies und das Folgende Hälschner, System II. S. 47 ff.

Grundsatze, dass die culpose Tödtung criminell zu ahnden sei, wenn auch in der Regel milder als die dolose. Freilich war man lange darüber uneinig, ob bei allen Graden der culpa, insbesondere auch bei der culpa levis und levissima eine Criminalstrafe eintreten dürfe, oder ausschliesslich bei der culpa lata. — Während noch Bartolus[1]) gegen Cinus das Erstere behauptet, steht bei den Juristen des 15. u. 16. Jahrhunderts[2]) neben einer schärferen Unterscheidung des durchaus straflosen Zufalls von der Fahrlässigkeit der Satz fest, dass die culpa levis und levissima immer nur eine Entschädigungspflicht begründe, während die Strafe für die culpa lata begangene Tödtung in allen Fällen eine criminelle sei. Diesen Standpunkt vertritt in Deutschland der Hauptsache nach schon der Klagspiegel, aus dem wir die erläuternden Beispiele des »Schützen« und des »Balbirers« in die C. C. B. übergehen sahen[3]), ganz auf demselben steht diese selbst im Art. 172. (Vergl. Art. 159, 161.)

Sie stellt da nicht nur in schärfster Weise die culpose Tödtung der immer entschuldigten casuellen gegenüber, sondern bestimmt auch ausdrücklich, dass bei Entleibungen, »die vngeuerdlich auss gaylheyt oder vnbehutsamkeyt« geschahen, mehr Barmherzigkeit geübt werden solle als bei denjenigen, die »arglistiglich und mit Willen« begangen wurden. Wenn die C. C. B. im Uebrigen die Festsetzung der Strafe ganz den Rechtsverständigen[4]) überlässt, so geht daraus wohl zur Genüge hervor, dass sie in Fällen geringerer Fahrlässigkeit eine bürgerliche Strafe für ausreichend hält.

Die dolose Tödtung behandelten die italienischen Juristen wesentlich im Anschlusse an das römische Recht. Einen Begriff haben sie indessen mit einer über dasselbe hinausgehenden Bedeutung versehen, den Begriff des impetus[5]). Sie gebrauchen diesen Ausdruck abwechselnd und synonym mit dem Worte rixa und haben dabei die Vorstellung, dass derjenige, der einen Anderen impetu tödte, calore iracun-

1) Lect. ad. l. 11. § 2 D. de poenis 48, 19.

2) Hippolytus de Marsiliis § constante n. 48. Aegidius Bossius l. cit. n. 66—70. Julius Clarus l. cit. n. 3, 4.

3) S. oben S. 172.

4) D. h. der Wissenschaft, die zur Zeit der C. C. B. in Uebereinstimmung übrigens mit den entwickelten Grundsätzen des deutschen Strafrechtes die culpa levis und levissima für nur bürgerlich strafbar hielt.

5) Albertus Gandinus R. de poenis reorum und R. de homicidariis. Jacobus de Bellovisu l. I. c. XIII. Bartolus lect. in l. 11 D. de poenis 48, 19. Angelus Aretinus Gl. et appensate. Marcus Blancus T. de indiciis n. 53. Julius Clarus § homicidium.

diae handle. Auf diese Weise bekam die im Affect geschehene Entleibung den Charakter einer animo occidendi verübten Tödtung nach vorausgehender schwerer Beleidigung. Gleichzeitig ergab sich aus den Grundsätzen des römischen Rechts über den Entschuldigungsgrund des honestissimus calor das Erforderniss des Handelns in continenti d. h. unmittelbar nach dem Empfange der Beleidigung [1]. Damit war der Gegensatz einer besonnenen und überlegten Tödtung — die italienischen Criminalisten sprechen von homicidium tractatum, deliberatum, appensate commissum — sofort und von selbst gegeben [2].

Trat dieser Gegensatz in den italienischen Statuten insofern bedeutsam hervor, als das homicidium deliberatum mit dem Tode bestraft, das homicidium non deliberatum aber meist mit Geld gebüsst wurde, so gewann dem entgegen in der Doktrin bald die Ansicht die Oberhand, dass jede vorsätzliche Tödtung, gleichviel ob sie prämeditirt gewesen oder nicht, die Todesstrafe nach sich ziehe, und dass die Geldbusse nur noch bei culposen Entleibungen zulässig sei. Die Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts [3] setzen desshalb auf alle homicidia dolosa die Todesstrafe, ohne hinsichtlich der Execution einen Unterschied zu machen; nur sollte derjenige, der ex insidiis oder proditorie getödtet hatte, nie begnadigt werden dürfen und auch auf das Asylrecht der Kirche keinen Anspruch haben.

Obwohl nun die Italiener, wie sich aus dem Gesagten ergibt, der Distinktion von homicidium deliberatum und non deliberatum keine grosse praktische Bedeutung beimassen, so wird doch behauptet werden dürfen, dass es gerade dieser Gegensatz war, den Schwarzenberg seiner Unterscheidung von Mord und Todtschlag zu Grunde legen wollte, wenn er den Mord als »fursetzlich mutwillige«, den Todtschlag als eine in »jheheyt vnd zorn« begangene Tödtung bezeichnete [4].

1) Das Bestreben, den germanischen Grundsätzen, die in dem italienischen Statutarrechte fortlebten, neben denen des römischen Rechts gerecht zu werden, führte die italienischen Juristen dazu, den Begriff der Continuität sehr weit zu fassen und eine Tödtung auch dann noch als eine in rixa begangene zu betrachten, wenn 30 Tage zwischen dem das Rachegefühl weckenden Ereignisse und der That in der Mitte lagen.

2) Vergl. hiefür Ph. Allfeld, die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina. Erlangen 1877. S. 84, 85.

3) Cf. Aegidius Bossius l. cit. n. 108 ff. und Julius Clarus l. cit. n. 18 ff.

4) Dies ist erst bestritten, seit John in der deutschen Strafrechtszeitung (Jahrg. 1866, S. 389) zu zeigen versucht hat, dass fursatz und fursetzlich in der C. C. B. und C. C. C. durchaus im Sinne unseres heutigen Sprachgebrauchs zu verstehen seien, und daraus die Folgerung zog, dass Mord nicht die prämedi-

Zu den straflosen Tödtungen aliqua necessitate cogente rechnen die italienischen Juristen die Tödtung des fur nocturnus, adulter und bannitus; sie entwickeln dabei die Voraussetzungen der Straflosigkeit dieser Tödtungen mit der grössten Vollständigkeit und einer weitgehenden Casuistik. Ihre Ausführungen geben ohne Zweifel den besten Aufschluss darüber, was Schwarzenberg gemeint hat, wenn er die im Art. 175 aufgeführten Entleibungen als entschuldigte nur anerkannte, »so darinn ordenlicher weyss gehandelt« worden sei.

tirte, sondern jede vorsätzliche Tödtung mit Ausschluss der Affekttödtung bedeute. Ihm entgegen trat Güterbock (Entstehungsgeschichte der C. C. C. S. 233 ff.) für die alte Auffassung ein, während Ph. Allfeld (a. a. O. S. 95 ff.) sich neuerdings wieder auf Seite Johns stellte. Es ist nun nicht zu läugnen, dass durch die sorgfältige Untersuchung Güterbocks und insbesondere durch seinen Hinweis auf den bisher unbeachteten Art. 250 der C. C. B. noch nicht alle Zweifel gehoben sind. Solche Zweifel tauchen um so eher auf, wenn man sieht, dass die Worte »fursatz« und »fursetzlich« vor der C. C. B. wirklich bald in dem Sinne von Vorsatz, bald in dem von Vorbedacht gebraucht wurden. So sagt der Richtebrief von Gehrden a. 1319 (s. Hälschner, System II. S, 44. Note 3) »ex proposito vel deliberatione animi, quod vulgariter Vorsate dicitur«, während das lübische Stadtrecht dem »vörsetliken dodtschlagh« ausdrücklich den Mord gegenüberstellt. Allein auch wenn Güterbocks Ausführungen unrichtig wären und fursatz bez. fursetzlich nur den Vorsatz, nicht den Vorbedacht bedeutete, ist denn durch die Charakterisirung des Todtschlags als der Tödtung in Jäheit und Zorn der Mord nicht deutlich genug als die Tödtung mit Vorbedacht bezeichnet? Das hat Hälschner (a. a. O. S. 54. Note 1) John m. E. mit Recht entgegen gehalten und Allfeld (S. 97) in keiner Weise widerlegt.

Wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, dass die C. C. B. unter Mord die vorsätzliche Tödtung mit Vorbedacht versteht, so sollte sich als »Todtschlag« naturgemäss die vorsätzliche Tödtung im Affekt ergeben. Dass dies in der That so sei, haben Feuerbach § 215, Grolman § 262 und neuerdings Güterbock S. 237, 238 behauptet. So viel auch diese Behauptung auf den ersten Blick für sich hat, so ist sie doch nicht haltbar. Das Wort Todtschlag hat in der C. C. B. und C. C. C. die weitere Bedeutung, die zuerst Wächter (Lehrb. II. S. 131) und nach ihm Hälschner (System II. S. 53) aufgestellt hat, wonach es die dolose Tödtung, die ohne besonnene Ueberlegung geschah, die culpose und selbst die Tödtung umfasst, bei welcher die Zurechenbarkeit zur Schuld ganz fehlt, wie z. B. die Tödtung in Nothwehr. Wächters Hinweis auf das Rubrum des Art. 163 der C. C. B., wo von »vnlaugenparn todtschlegen — so entschuldigung der straffhalb auf jne tragen« gesprochen wird, hat Güterbock die Behauptung entgegengestellt, es enthalte dasselbe nur eine scheinbare Ausnahme, die mit der Struktur des Strafprocesses der C. C. B. und C. C. C. zusammenhänge. Da dieser bei dem Mangel eines Eventualprincips ein Läugnen des Verbrechens und eine gleichzeitige Berufung auf Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe nicht zugelassen habe, so sei nichts Anderes übrig geblieben, als die That so lange als Todtschlag anzusehen, bis der Exculpationsbeweis das Gegentheil erbringen würde. — Hätte Schwarzenberg im Art. 163 wirklich auf den Process Rücksicht nehmen wollen, so musste er im Gegentheil, statt von unläugbaren Todt-

Aus dem Gattungsbegriffe der Tödtung heben die italienischen Criminalisten neben anderen folgende Arten hervor:

1) Das parricidium. Dies ist der Grund, warum sie den Kindesmord nirgends besonders behandeln [1]): sie betrachten denselben eben als einen Fall des parricidium und bestrafen ihn, wie dies die lex Pompeja de paricidiis will, nach Maassgabe der lex Cornelia de sicariis [2]).

2) Die Abtreibung. Die Italiener stehen mit der Auffassung und Behandlung dieses Verbrechens durchaus auf dem Boden des kirchlichen Rechts. Dieses hatte bekanntlich die durch die Septuaginta (Bch. Mos. II, 21. V. 22—25) veranlasste und durch die Kirchenväter verbreitete Ansicht aufgenommen, dass der foetus erst mit dem vierzigsten Tage eine anima rationalis empfange und vorher nur mit einer

schlägen, von unläugbaren Entleibungen sprechen und so die Frage, ob ein Todtschlag (im Güterbock'schen Sinne) vorliege, oder nicht, offen lassen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Art. 162 dem »fursetzlichen mörder« entgegengesetzt wird »ein ander der einen todtschlage auss jheheyt vnd zorn gethan, vnd sunst der nachgemelten entschuldigung nit hat«, woraus doch ziemlich deutlich hervorgeht, dass die in den folgenden Artikeln genannten, ganz oder theilweise entschuldigten Tödtungen auch Todtschläge heissen. Weiter spricht für Wächters Ansicht der Art. 250 der C. C. B., auf den Güterbock selbst in verdienstlicher Weise die Aufmerksamkeit gelenkt hat. Dort stehen dem Morde Todtschläge gegenüber, »die von vngeschichten auss zorn vnd on bösen furgesatzten willen gescheen«. Güterbock hat sich hier damit geholfen, dass er »von vngeschichten« mit »sine dolo praemeditato« erklärte, während doch dieser Ausdruck nach dem Sprachgebrauche der C. C. B. selbst (Art. 172, 174) die Abwesenheit jedes dolus d. h. den casus oder die culpa bezeichnen will. (Man vergl. übrigens noch Tenglers Layenspiegel Tit. Von todschlägen vnd andern entleibungen Ed. v. 1511, Bl. 186b und Perneders Halsgerichtsordnung Tit. Von Entleibung, die sich von vngeschickten zutragen Ed. 1551 Bl. 18 C.). Endlich hat Güterbock den Sprachgebrauch der dem Zeitalter der C. C. B. angehörigen Quellen gegen sich, die, wie z. B. der Layenspiegel a. a. O., den Ausdruck Todtschlag auf alle Tödtungen einschliesslich der zufälligen Entleibungen und sogar des Mordes erstrecken. Die Tiroliensis (Weiske S. 192 oben) und die Radolphzeller H.-G.-O. (Walchner § 21) sprechen von einem »vngeuärlichen todschlag«!

1) Vergl. indessen Bartolus lect. ad l. 4 D. de liber agnosc. 25, 4.

2) Der Hauptsache nach ist also der Art. 156 der C. C. B. von der italienischen Jurisprudenz ganz unabhängig. Eine seiner Vorschriften erinnert dagegen wieder stark an dieselbe, die nämlich, dass beim häufigen Vorkommen der Kindestödtung »vmb merer forcht willen sölcher bosshafftiger weyber« auf die schärfere Strafe des Lebendigbegrabens und Pfählens zurückgegriffen werden dürfe. So sagt Albertus Gandinus in der interessanten Rubrik utrum poena possit augeri: In ordinariis criminibus non licet judicanti minuere poenam, ... nisi forte judex hoc faceret augendo vel minuendo causa cognita, quia tunc potest poenam ordinariam augere vel minuere, ut quando multis crassantibus et delinquentibus opus est exemplo, ut poena unius sit metus multorum, quibus casibus potest poenam augere.

anima vegetativa et sensitiva begabt sei; durch die Glosse zu den canonischen Rechtsbüchern war dem noch die weitere Unterscheidung beigefügt worden, dass der männliche foetus bereits am vierzigsten, der weibliche dagegen erst am achtzigsten Tage beseelt werde. Die Reception dieser Ansichten durch das weltliche Recht, die sich in der Glosse zu l. 4 D. de extraord. crim. 47. 11 vollzog, hatte die wichtige Folge, dass man, abweichend sowohl vom römischen als vom germanischen Rechte, die Abtreibung eines foetus formatus oder animatus als Menschentödtung betrachtete und bestrafte [1]. Deutlich ersieht man dies z. B. aus Angelus Aretinus [2], welcher auf die Abtreibung eines foetus animatus die Strafe der lex Cornelia de sicariis setzt, während er die Bestrafung der Abtreibung einer nicht beseelten Leibesfrucht dem richterlichen Ermessen überlässt.

Diesen Grundsätzen, die Canonisten und Civilisten in gleicher Weise vertraten, hat sich auch die C. C. B. angeschlossen: sie bestimmt im Art. 158 die Todesstrafe für die Abtreibung eines lebenden Kindes, gleichviel ob dieselbe durch dynamische oder mechanische Mittel bewirkt wurde, eine arbiträre Strafe dagegen für die Abtreibung einer noch nicht lebendigen Leibesfrucht.

3) Die Aussetzung. Die Auslassungen der Italiener über dieses Verbrechen sind spärlich, aber mit Rücksicht auf die C. C. B. doch sehr bezeichnend.

Bartolus [3] lässt die Mutter, die durch die Aussetzung das Leben ihres Kindes absichtlich gefährdete, nach der Cornelia de sicariis haften; geschah die Aussetzung an einem ungefährlichen Orte, der einen Schluss auf das Vorhandensein des animus occidendi nicht zulässt, wie z. B. vor der Thüre eines Hospitals, so soll nach demselben Juristen extraordinäre Strafe eintreten. Bartolus hat dabei offenbar immer ein neugeborenes Kind (partus!) im Auge. Von diesen Bestimmungen weicht die C. C. B. Art. 157 nur darin ab, dass sie als Object des Verbrechens nicht bloss ein neugebornes, sondern überdies ein

1) Vergl. für dieses Hälschner, System II. S. 118.

2) Gl. et ex intervallo n. 10. Cf. Aegidius Bossius Tit. de homicidio n 5. und Julius Clarus § fin. qu. 68. n. 2.

3) Lect. ad l. 4 D. de lib. agnosc. 25, 4: Quaero, qualiter puniatur ille, qui partum perfocat? Glossa dicit et bene quod l. Cornelia tam in primo casu quam in sequentibus. Doctores dicunt, quod in primo casu quando perfocat punitur l. Cornelia, sed quando denegat alimenta, punitur poena extraordinaria. Item quando abjicit, ut quando exponit infantem ad hospitale, sed etiam quando dolo exponeret in aliquo loco, ut moreretur, teneretur lege Cornelia de sic.

uneheliches Kind voraussetzt und desshalb auch in dem Falle, wo dasselbe in Folge des »Hinlegens« stirbt, die Strafe der Kindestödtung eintreten lässt[1]. Die C. C. C. Art. 132 hat Letzteres abgeändert und an die Stelle der Kindsmordsstrafe eine Strafe an Leib oder Leben gesetzt, aber nicht desshalb, weil sie weniger als die C. C. B. in der Mutter eines unehelichen Kindes das eigentliche Subjekt der Aussetzung sieht[2], sondern desshalb, weil sie im Gegensatze zu Bartolus und übereinstimmend mit späteren Juristen, wie Aegidius Bossius[3], zur Ansicht der Glosse[4] zurückkehrt, welche die expositio partus immer nur extra ordinem bestraft wissen will.

4) Dass die Ausführungen der italienischen Juristen über das homicidium in rixa der C. C. B. Art. 174 wenigstens indirekt zu Grunde liegen, haben wir früher nachzuweisen versucht[5].

II. Die Körperverletzung. Bekanntlich war dem römischen Rechte ein besonderes Verbrechen der Gesundheitsbeschädigung unbekannt. Stellte sich eine Körperverletzung nicht als Versuch einer beabsichtigten Tödtung dar, oder war sie nicht mit einer Gewaltthat verbunden, in welchen Fällen die lex Cornelia de sicariis bez. die lex Julia de vi zur Anwendung kam, so wurde sie nur als eine Form der Injurie bestraft. Die Art, wie das römische Recht die Gesundheitsbe-

1) Sie durfte dies um so eher thun, als ja auch Bartolus die Kindestödtung und die animo necandi geschehene Aussetzung mit ein und derselben Strafe der lex Cornelia de sic. belegt. Aus dem Schweigen der mittelalterlichen deutschen Quellen hinsichtlich der Aussetzung ergibt sich übrigens deutlich, dass man die Aussetzung auch in Deutschland, weil in der Regel von der Mutter eines unehelichen Kindes begangen, unter den Gesichtspunct der Kindestödtung stellte. Vergl. Osenbrüggen Alam. Strafrecht § 100.

2) Dies behaupten Wächter (Lehrb. II. S. 197) und Hälschner (System II. S. 124).

3) Tit. de homicidio n. 7, 8: Et est glossa, quam sequuntur Doctores in l. 2. C. de infant. expos. Cf. Julius Clarus § fin. qu. 63 n. 7: Partum exponens punitur poena extraordinaria, ut est text. cum glossa in verb. Animadversioni, C. de infant. expos.

4) In l. 52 C. de infant. expos. 8, 52 verb. animadversioni.

5) S. oben S. 192. Auch für die Haftung des Arztes, durch dessen Fahrlässigkeit oder Arglist ein Kranker gestorben ist, fehlt es den Italienern nicht an Bestimmungen. Vergl. Bonifacius de Vitalinis R. de damno dato n. 33, Jacobus de Bellovisu l. III. c. XVIII. n. 40. Albericus de Rosciate lect. in l. 5 D. ad leg. Aquil. n. 10, Jul. Clarus § homicid. n. 17 und dazu Bajardus n. 40, 41. Der Arzt, der einen Kranken dolo oder lata culpa tödtet, haftet als homicida nach der lex Cornelia de sic. Weitläufige Bestimmungen über die Tödtung oder Verletzung durch einen Arzt enthält ein zur Zeit Schwarzenbergs vielgebrauchtes Buch, die Summa Angelica (v. Angelus de Clavasio) ad voc. Medicus.

schädigung auffasste, hatte zur Folge, dass auch die italienischen Criminalisten dieselbe nirgends als ein selbständiges Verbrechen, sondern immer nur als eine Species der Injurie behandelten. Daneben gehen sie allerdings nicht selten auf casuistische Untersuchungen über den insultus, die percussio und vulneratio ein, augenscheinlich angeregt durch die reiche Fülle germanischer Strafbestimmungen, die sie in dem italienischen Statutarrechte vorfanden, und auch die verschiedenen Beziehungen der Verwundung zu dem Verbrechen der Tödtung besprechen sie in umfangreicher Weise[1]. Nach dem Gesagten erklärt es sich zur Genüge wenn Schwarzenberg die Körperverletzung in seinem Gesetzbuche mit Stillschweigen überging und damit die zahlreichen auf sie bezüglichen Bestimmungen des Particularrechts als fortbestehend anerkannte.

Nur zwei Fälle der Gesundheitsbeschädigung hat Schwarzenberg zu normiren für nöthig gefunden, die Gesundheitsbeschädigung durch Vergiftung und die Unfruchtbarmachung[2]. Die eine bestraft er gleich schwer wie den vollendeten Giftmord; wir haben früher gezeigt, dass diese Gleichstellung wahrscheinlich dem Einflusse der italienischen Jurisprudenz zuzuschreiben ist[3], die andere erklärt er für ebenso strafbar wie einen Todtschlag. Er that damit nur, was die italienischen Criminalisten auf Grund des canonischen und römischen Rechts[4] bereits vor ihm gethan hatten[5].

1) Albertus Gandinus R. de poenis reorum n. 28, 29, 32, 35, 45ff., 52. Angelus Aretinus (dazu Augustinus) Gl. in platea communis n. 19, Gl. de anno praesenti 8—10, R. fecit insultum n. 2, R. et ipsum Titium n. 1—4, Gl. una alia percussione n. 1—9, Gl. admenavit contra dictum Titium n. 1, Gl. et ex intervallo n. 2—6, 12—14, Gl. dicto maleficio n. 3—6. Bonifacius de Vitalinis R. de insultu, R. de injuria, R. quid sit accusatio n. 50, 58—64. Aegidius Bossius Tit. de homicidio n. 20—24, 106. Julius Clarus § homicidium n. 288, 293, § injuria n. 1, 44, § finalis qu. 84. Vergl. Hälschner System II. S. 132 und Geyer in v. Holtzendorffs Hdbuch. III. S. 523.

2) Art. 155, 158, vergl. etwa noch Art. 161. Genau genommen spricht der Art. 155 nur von Tödtungen durch Gift d. h. von vollendeten und solchen versuchten Tödtungen, die eine Gesundheitsbeschädigung zur Folge hatten. S. oben S. 188 Note 5 und Wächter Lehrb. II. § 175.

3) S. oben S. 188.

4) C. 5 X. de homicid. 5, 12 u. l. 3 § 4 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8.

5) Cf. Ludovicus Carerius § homicidium n. 106. p. 222, Aegidius Bossius Tit. de homicidio n. 9 und der dort citirte Hippolytus de Marsiliis. Die Auffassung, die Wächter (Lehrb. II. S. 273) der Glosse zur c. 5 X. cit. unterschiebt, dass nämlich der Unfruchtbarmachende als homicida non verus, sed conditionalis bestraft werde, habe ich weder bei dieser noch bei den genannten Italienern gefunden.

III. Die Ehrbeleidigung. Für die Reception der römischen Injurienlehre in Deutschland war es von der grössten Bedeutung, dass ihre Kenntniss nicht direkt aus den Quellen, sondern aus den Werken der italienischen Juristen geschöpft wurde. Die Behandlung dieser Lehre beruht zwar auch bei diesen durchaus auf den Grundsätzen des römischen Rechts. Sie bezeichnen also die Injurie unter ausdrücklicher Berufung auf § 10 I. de injuriis 4, 4 als ein Delikt, das sowohl mit einer bürgerlichen als mit einer criminellen Klage verfolgt werden könne; was sie aber in einschneidender Weise modificiren, ist der Begriff der injuria selbst, indem sie an dessen Stelle den viel engeren der Ehrenkränkung setzen. Sie thun dies entweder so, dass sie die weitere Bedeutung der römischen injuria ganz übergehen, oder in der Weise, dass sie nach Anleitung der Quellen alle die Fälle aufzählen, in denen die actio injuriarum zugelassen ist, und sich über den Widerspruch, in den sie dadurch zu ihrer eigenen Auffassung gerathen, ruhig hinwegsetzen [1]. Dass die italienischen Juristen neben dem modernen Begriff der Injurie noch die altgermanische Ehrenerklärung in die römische Lehre einführten, und wie sie dies thaten, ist bekannt [2].

Die Behandlung der Ehrbeleidigung, die sich in Folge der Bekanntschaft mit den Grundsätzen der italienischen Doktrin zur Zeit der C. C. B. in Deutschland festsetzte, war nun, wie Hälschner gezeigt hat, folgende: Man unterschied zwischen einer bürgerlichen, auf »Afdracht« gerichteten, und einer peinlichen Klage. Die bürgerliche Klage ging entweder auf den alten rechtlich festgestellten Bussatz — so im sächsischen Rechte [3] — oder sie war wirklich die actio injuriarum aestimatoria und ging auf eine mit richterlicher Ermässigung festzustellende Entschädigung, deren Forderung der Kläger durch die Erklärung motivirte, dass er lieber die verlangte Summe verlieren als »solich schmachheit« leiden wolle — so im Klagspiegel [4] und im Layenspiegel [5] — oder endlich sie bezweckte zwar auch eine derartige Entschädigung, war aber daneben noch von einer an den Richter zu zahlenden Geld-

1) Cf. Gandinus R. de transactionibus et pactis, Angelus Aretinus Gl. verba injuriosa, dazu Augustinus, Bonifacius de Vitalinis R. de injuriis, Aegidius Bossius Tit. de injuriis, Julius Clarus § injuria. Vergl. Hälschner, System II. S. 244.

2) S. Hälschner im Gerichtssaal Jahrg. 16. 1864. S. 343 ff.

3) Die Busse betrug noch lange Zeit nach der C. C. C. 30 Schillinge. S. Kilian König, Process u. Pract. II. c. 35 u. Rauchdorn, Pract. II. c. 11.

4) Tit. De actione injuriarum Bl. 16 c, d.

5) Tit. Von zugefügten schmahen Bl. 116 b.

strafe (für den mit der Injurie ideell concurrirenden Friedbruch) begleitet — so in der Wormser Reformation[1]).

Die peinliche Klage unterschied sich von der bürgerlichen nur dadurch, dass bei ihr, wie die Wormser Reformation sich ausdrückt, »der beschluss vnd die begere« auf Strafe gestellt wurden. Durch die Anstellung der bürgerlichen Klage wurde die peinliche ausgeschlossen und umgekehrt, ausgenommen bei den »grüsslichen Injurien« (injuriae atroces), bei welchen der Verletzte neben der peinlichen Klage Kosten und Schäden fordern konnte »in krafft des gesetz Acquilie«; die Klage auf Widerruf war, wo eine solche stattfand, eine peinliche[2]). Nach dem Klagspiegel sowohl und dem Layenspiegel als nach der Wormser Reformation hat der Injuriirte die Wahl, ob er peinlich oder bürgerlich klagen will[3]).

Wenn wir von diesem letzteren Satze absehen, so steht die C.C.C. und, wie wir ohne weiteres voraussetzen dürfen, auch die C. C. B. auf dem Standpunkte der Wormser Reformation. Beiden Gerichtsordnungen erscheint die Injurie als ein nur mit bürgerlicher Strafe zu verfolgendes Vergehen, beide übergehen dieselbe desshalb mit Stillschweigen und gedenken nur »der straff der schrifftlichen vnrechtlichen p e y n l i c h e n schmehung«. Jene bürgerliche Klage geht nach einer klaren, wenn auch nur beiläufigen Bestimmung der C. C. C. Art. 215 theils auf eine an den Beleidigten zu leistende Entschädigung, theils auf eine der Obrigkeit wegen Friedbruchs zu zahlende Busse. Dass die C. C. C. den Widerruf als einen zulässigen und althergebrachten Gebrauch anerkennt, zeigt der Art. 216.

Die Missethat der schriftlichen unrechtlichen peinlichen Schmähung (Art. 134) verdankt nicht nur ihre Behandlung, sondern auch ihre auffällige Stellung mitten unter den Statsverbrechen dem fremden Rechte. Dieselbe ist augenscheinlich bedingt durch die l. 2 D. ad leg. Jul. majest. 48, 4. Eines indessen hat man immer als eine bewusste

1) Bch. 3, Th. 1, Tit. 28; vergl. Bch. 6, Th. 1, Tit. 23.

2) Vergl. die Wormser Reformation Bch. 3, Th. 1, Tit. 28: »Pynlich zu clagen ist wan einer syn bit vnd beger setzt mit recht zuerkennen das der ym schmach oder injuri gethan hat soll gestrafft werden nach sag der Keyserlichen recht gestalt der Injuri. So es schmachwort were durch ein widerspruch an dem ort da soliche wort oder Injuri gescheen weren oder vff einer Cantzelen oder offenbaren Platz. als vor der Müntz. vff dem Marck vnd der glychen«.

3) K l a g s p i e g e l a. a. O.: »Merck in dieser klag magst du civiliter oder criminaliter klagen«. L a y e n s p i e g e l a. a. O.: »Es mag auch solichs burgerlich oder peinlich clagt (werden)«. W o r m s e r R e f o r m a t i o n a. a. O.: »Item ein yeder dem schmach geschicht mit wortten schrifften oder that mag clagen Burgerlich oder peynlich welchs er wil fürnemen«.

Abweichung von dem römischen Rechte erklärt und auf den Einfluss des deutschen Rechtes zurückgeführt: die Talionsstrafe [1]. Schwarzenberg, sagt man, habe bei dem Verbrechen der schriftlichen ungerechten Schmähung den Hauptton auf die darin liegende falsche, wenn auch aussergerichtliche Anklage gelegt, für welche die Talionsstrafe d. h. der Rückschlag dessen, was im Falle der Ueberweisung den Beschuldigten getroffen haben würde, ein weitverbreiteter Grundsatz gewesen sei, den Schwarzenberg nicht habe beseitigen wollen [2]. Es mag dies zugegeben werden, nur darf man dabei nicht übersehen, dass die Schwertstrafe, welche das römische Recht auf die Verfertigung und Verbreitung eines libellus famosus gesetzt hat [3], bereits von den italienischen Juristen mit der Strafe der Talion vertauscht worden ist, offenbar unter Einflusse desselben deutschen Rechts, das Schwarzenberg im Art. 134 aufrecht erhalten wollte [4]. Schon Johannes Faber macht in seinem Breviarium zu dem Worte capitali der l. unic. C. de famosis libellis die Glosse: Si accusatus vel diffamatus erat sic puniendus, und Bonifacius de Vitalinis [5] sagt über die Bestrafung des Verfassers einer Schmähschrift geradezu Folgendes: Si quis autem fecerit, vel dictaverit aliquam accusationem et literam, sive libellum ad infamiam alicujus, dicendo quod talis commisit tale delictum, vel tale quid fecit, per quod si verum esset, iste deberet digne mori, si verum non erat, iste talis punitur dupliciter, scilicet injuriarum civiliter, et tenetur injuriarum, quanti juraverit potius amisisse de suo quam pati talem inju-

1) Vergl. besonders Köstlin in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 15. 1855. S. 403 u. 414. Ganz irrig ist natürlich die Zurückführung auf Moses 5, 19. V. 18 u. 19. S. Heffter, Lehrb. § 316. Note 2.

2) Citate bei Köstlin a. a. O. S. 394 und bei Osenbrüggen Alam. Strafrecht S. 266 ff. Oben S. 39 wurde bemerkt, dass auch das Bamberger Stadtrecht die falsche Anklage mit der Talionsstrafe belegte. Es ist dies richtig (vergl. Zöpfl, Bamberger R. Urkundenbch. Anhang IV. n. 1), nur dass die falsche Anklage nicht, wie ich mit Zöpfl annahm, identisch ist mit der Eiferung des Halsgerichts. »Eiferen« heisst strafen, ahnden, rächen. S. das Grimm'sche Wörterbuch III, 90 u. Schmellers bayerisch. Wörterb. I, 44. Darnach ist das oben S. 23 u. 39 und von Zöpfl S. 119 über den § 138 des Bamberg. Stadtr. Gesagte zu berichtigen.

3) Diese Strafe hat auch der Klagspiegel a. a. O. Bl. 16 d. Ebenda (Bl. 17 a) bemerkt er, dass die exceptio veritatis den Verfasser des libellus famosus nicht vor der Strafe schütze: »er ist schuldig ob es schon war ist«. Dies hat die C.C.C. Art. 110 ausdrücklich hinzugefügt. Ob das Stillschweigen der C. C. B. hier ein absichtliches ist?

4) Arg. Angelus Aretinus Gl. verba injuriosa n. 116. Vergl. Osenbrüggen, das Strafrecht der Langobarden S. 159.

5) Rub. de famosis libellis n. 1 u. 5.

riam Item punitur criminaliter, qui famosum libellum falso fecerit ad alicujus infamiam, quia capite punitur, ... et hoc locum habet in capitalibus casibus sive judiciis. In aliis autem punitur eadem poena, qua puniendus esset ipse infamatus, si probatum esset contra eum.

Darf man dem Juristen Placa[1]) glauben, so war im 16. Jahrhundert das Talionsprincip bei der Bestrafung des libellus famosus allgemein anerkannt.

IV. Die Verbrechen gegen die Sittlichkeit[2]). Die Grundlage für die Behandlung, welche die italienischen Juristen dieser Gruppe von Verbrechen zu Theil werden liessen, bilden ausschliesslich das römische und das canonische Recht; auch dieses letztere hat seinen Einfluss in verhältnissmässig ziemlich später Zeit erlangt. In der Form der Behandlung ist bei ihnen ein bedeutender Fortschritt bemerkbar. Während sich nämlich bei den älteren Juristen[3]) an die ausführliche Besprechung des adulterium und des raptus die überdies kurze Erwähnung der anderen Unzuchtsdelikte in ganz beiläufiger Weise anschliesst, zeigen die Werke der italienischen Criminalisten schon des 15. und besonders des 16. Jahrhunderts[4]) ein anerkennenswerthes Streben nicht nur nach einer eingehenderen Bestimmung des Thatbestandes der einzelnen Unzuchtsverbrechen, sondern auch nach einer erschöpfenden und systematisch geordneten Darstellung der ganzen Lehre. Von Paulus Ghirlandus, einem Juristen aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts, besitzen wir sogar eine ausführliche Monographie über die gesammten Fleischesverbrechen[5]). Paulus Ghirlandus behandelt dieselben, wie die meisten seiner Zeitgenossen, in der dreifachen Richtung des forum conscientiae, judicialis canonici und judicialis civilis. Vor dem forum judiciale canonicum ist jeder Geschlechtsumgang ausser dem ehelichen verpönt, und bestimmte Formen der

1) Lib. I. delictorum cap. 3. n. 2. Cf. Julius Clarus § finalis qu. 68. n. 25.

2) S. für das Folgende Hälschner, System II. S. 301, 302.

3) Cf. Albertus Gandinus R. de multis quaest. depend. a stat. n. 20 ff., Jacobus de Bellovisu l. I. c. IX. (Lenon.), Bonifacius de Vitalinis R. de adult. incest. sodom., Bartolus' Commentar zum Tit. Dig. ad leg. Jul. de adult. et stupro, Baldus' Commentar zum Tit. Cod. ad leg. Jul. de adult. et stupro.

4) Cf. Angelus Aretinus Gl. Che hai adulterato la mia donna, Aegidius Bossius Tit. de coitu damnato et punibili, T. de raptu, T. de pluribus violentiis, Julius Clarus § adulterium, § fornicatio, § incestus, § sodomia, § stuprum.

5) Tractatus de poenis omnifariam coitus illiciti, abgedruckt im Tractatus Tractatuum Tom. XI. P. I. fol. 298 sq. Ueber Paulus Ghirlandus s. oben S. 212. Anm. 3.

Unzucht haben hier die Bedeutung eines schweren Verbrechens gegen die Religion, eines Sacrilegiums; vor dem forum judiciale civile werden unterschieden die straflosen Fälle der Unzucht (die fornicatio simplex und der concubinatus) und die einzelnen Begehungsarten des coitus damnatus et punibilis. Als solche erscheinen das stuprum, das adulterium, die Bigamie, der Incest und die verschiedenen Formen der widernatürlichen Unzucht. Dagegen tritt

1) die Nothzucht nicht als selbständiges Verbrechen auf. Die älteren Italiener[1]) unterstellen sie, wie das römische Recht, dem crimen vis, die jüngeren[2]) ziehen sie in der Weise unter die Unzuchtsverbrechen, dass sie die Anwendung der Gewalt in allen Fällen des coitus damnatus als Strafschärfungsgrund betrachten. Auf diesem Wege kommen sie auch dazu, die im Verhältnisse zu den deutschen Nothzuchtsstrafen viel zu milden poenae legis Juliae de vi publica mit der Capitalstrafe zu ersetzen. Nicht ohne Bedeutung mit Rücksicht auf die C. C. B. Art. 144 ist die Thatsache, dass die italienischen Criminalisten des 16. Jahrhunderts im vollen Gegensatze zu ihren Vorgängern bei dem stuprum violentum (ähnlich wie beim raptus) die Verletzung der weiblichen Ehre betonen und desshalb die Ansicht zurückweisen, als ob dieses Verbrechen, an einer meretrix begangen, als solches oder auch nur als injuria strafbar sei[3]).

Gewährten die Italiener dem Verbrechen der Nothzucht eine selbständige Stellung nicht, so gaben sie eine solche um so entschiedener dem

2) crimen raptus. Was nach ihrer Ansicht zum Thatbestande der Entführung gehörte, haben wir zum Theil schon früher gesehen[4]). Hinzuzufügen ist jetzt noch, dass sie als die Absicht des Entführers immer die Befriedigung einer frevelhaften libido (luxuria) und demgemäss als Endzweck der Entführung immer das stuprum bezeichneten[5]), dies so sehr, dass sie geradezu die Frage discutirten, ob die Strafe des raptus verhängt werden könne, wenn auf denselben ein stuprum nicht gefolgt sei[6]).

1) So noch Angelus Aretinus l. cit. n. 53. Vergl. auch den Klagspiegel Tit. ad leg. Jul. de adult. et stupro Bl. 170 d.

2) Julius Clarus § fornicatio n. 32: Omnes autem coitus, cujuscunque generis sunt, si per vim committantur, gravius puniri debent. Et ideo cognoscens carnaliter mulierem per vim punitur poena capitis. S. auch Aegidius Bossius Tit. de coitu damnato n. 64, 65. Alb. Gandinus R. de mult. quaest. dep. n. 20.

3) Vergl. indessen Aegidius Bossius Tit. de plur. viol. n. 71.

4) S. oben S. 199.

5) S. z. B. Bonifacius de Vitalinis l. cit. n. 12.

6) S. z. B. Julius Clarus § raptus n. 1 u. 4.

Diese Auffassung, die weniger auf das römische als auf das canonische Recht (c. 6 X. de rapt. 5, 17) als Quelle zurückweist, hat ohne Zweifel auch Schwarzenberg zur Geltung bringen wollen, wenn er im Art. 143 zum Thatbestande der Entführung fordert, dass sie »einer vnerlichen weyss« geschehe.

3) Der Ehebruch [1]. Gegenüber den mittelalterlichen deutschen Rechtsquellen, die sich mit dem Ehebruche nur insoweit beschäftigen, als es sich um die Rachebefugniss des Ehemannes und anderer männlicher Verwandten oder um ein Strafverfahren gegen die auf handhafter That Ergriffenen handelt, waren die auf das adulterium bezüglichen Ausführungen der Italiener [2] für Schwarzenberg schon desshalb von grosser Bedeutung, weil sie dasselbe als ein auch vor das weltliche Gericht gehöriges Verbrechen, als ein delictum mixtum sive fori communis behandeln, über welches, soweit es sich um die Bestrafung handelt, das geistliche wie das weltliche Gericht, sofern aber eine Scheidung in Frage kommt, nur das erstere zu urtheilen befugt ist.

Soweit der Ehebruch vor das weltliche Forum gehört, erscheint das römische Recht bei den älteren Italienern und nach ihnen im Klagspiegel [3] so sehr maassgebend, dass ein nennenswerther Einfluss weder des deutschen, noch des kirchlichen Rechts irgendwo bemerkbar ist. Demnach stellt sich der Ehebruch als das von der Ehefrau mit einem fremden Manne verübte Verbrechen dar, während die Verletzung der ehelichen Treue von Seiten des Ehemannes durch den Beischlaf mit einer ledigen Person entweder gar nicht, oder im besten Falle nur als stuprum berücksichtigt wird: est adulterium proprie ad alterius thorum transitus, »ein eingang in eynes andern schlaffkamern thorus in latein«, wie der Klagspiegel sich ausdrückt. Der Ehebruch kann nicht nur durch Anklage, sondern, wie die italienischen Juristen [4] ausdrücklich bemerken, auch von Amtswegen verfolgt werden. Die Anklage des Mannes kann die ehebrecherische Frau indessen zurückweisen durch die Einlegung der Einrede, dass der Kläger selbst ein Ehebrecher oder, wie der Klagspiegel sagt, »ein anhab irer missethat« gewesen sei, ferner durch

1) Vergl. für das Folgende den trefflichen Aufsatz Hälschners im Gerichtssaal Jahrg. 22. 1870. S. 401 ff. besonders S. 418 ff.

2) Jacobus de Bellovisu l. I. c. IX. (Lenonem). Bonifacius de Vitalinis R. de adulterio, incestu et sodom. Angelus Aretinus Gl. che hai adulterato. Aegidius Bossius Tit. de coitu damnato n. 43 ff. Julius Clarus § adulterium. Paulus Ghirlandus de poenis omnif. coit. illiciti Qu. VI.

3) Tit. Ad legem Juliam de adulteriis Bl. 168 b ff.

4) Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 31: Quaero, an de adulterio possit per viam inquisitionis procedi? Dic quod sic tam de adulterio quam de lenocinio!

die Einrede, dass er »ir sytten approbiert« habe, »als het er sy auss gestossen oder von im repudiert vnd wider zu im genomen«, endlich durch den Einwurf des von dem Manne begangenen lenocinium.

Ueber die Bestrafung des Ehebruchs sind die Italiener nie recht ins Klare gekommen, weil sie im römischen Rechte selbst drei ganz verschiedene Strafsatzungen vorfanden. Welche Strafe das jus Digestorum auf den Ehebruch gesetzt habe, vermochten sie genau nicht anzugeben; die Todesstrafe schien ihnen nach demselben ausgeschlossen. Das jus Codicis bedrohte Mann und Frau in gleicher Weise mit der Enthauptung. Das Novellenrecht [1]) hatte die poena capitis nur bei dem Ehebrecher beibehalten; bei der Ehebrecherin trat an ihre Stelle körperliche Züchtigung und Versperrung in ein Kloster — in perpetuum ad poenitentiam peragendam [2]), wenn der Mann sie nicht innerhalb zwei Jahren wieder zu sich nahm. Aus den angeführten Quellen glaubten die italienischen Criminalisten mit gänzlicher Sicherheit nur soviel entnehmen zu können, dass die Strafe des Ehebruchs beim Manne das Schwert sei [3]).

Als vermögensrechtliche Folge des Ehebruchs der Frau bezeichneten sie die Verwirkung der dos und der bona paraphernalia an den Mann; dagegen ist ihnen die Vorschrift des justinianischen Rechts, dass das adulterium des Mannes den Heimfall der dos und den Verlust der donatio propter nuptias an dessen Gattin nach sich ziehe, unverständlich geblieben, und zwar desshalb, weil sie irriger Weise eine von dem jus civile versagte Ehebruchsklage der Frau gegen den untreuen Ehegatten als die nothwendige Voraussetzung dieser Rechtsfolgen betrachteten. Indessen verbanden sie dieselben mit der civilen Klage auf Trennung des ehelichen Zusammenseins (separatio thori), zu deren Anstellung die Frau bei einem adulterium des Mannes cum conjugata seu soluta nach canonischer Vorschrift immer berechtigt war [4]).

Den im eigenen Hause und auf frischer That ertappten adulter darf der Ehemann nur dann umbringen, wenn derselbe eine vilis per-

1) In Betracht kam vorzüglich die Authentica Sed hodie (= Nov. 134. c. 10) hinter l. 30 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9.

2) C. C. B. art 145: »sol auch zu ewiger buss vnd straff verspert vnd gehalten werden«.

3) Cf. Augustinus ad Angelum Aret. l. cit. n. 44: Solum est poena capitis in masculo committente adulterium, et ista est communis opinio. Wie streitig die Bestrafung des Ehebruchs war, ersieht man am besten aus Clarus § adulterium n. 7.

4) Angelus Aretinus l. cit. n. 25, dazu Augustinus. Jacobus de Bellovisu l. I. c. IX. n. 39.

sona ist; hat er aber einen Menschen des Ehebruchs mit seiner Frau im Verdacht und desshalb dreimal brieflich, unter Zuziehung dreier glaubwürdiger Zeugen aufgefordert, jede Gemeinschaft mit derselben aufzugeben, so darf er ihn ohne Rücksicht auf den Stand zu jeder Zeit und überall tödten, wo er ihn im Zusammensein mit seiner Frau antrifft [1]. Ein ähnliches, allerdings durch andere Voraussetzungen bedingtes Tödtungsrecht steht auch dem Vater der ehebrecherischen Frau zu [2].

Auf diese rein römischen Grundsätze gewann das canonische Recht schon ziemlich früh insofern einen Einfluss, als man es unternahm, den Satz: Uxor non potest accusare virum de thoro violato aus den Quellen selbst zu widerlegen [3]. So glaubte Baldus [4], dass die Frau den Mann, der sich eine ledige Concubine halte, zwar nicht ad poenam legis Juliae, aber doch ex generali capite injuriarum anklagen könne, quia verum est, quod injuriam patitur, cum matrimonium violatur. Andere [5] behaupteten mit Berufung auf l. 1 C. ad leg. Juliam de adult., dass der Ehemann, der sich mit einer ledigen Weibsperson vergehe, die poena stupri verwirkt habe. Endlich stellte man sich geradezu auf den Standpunkt des canonischen Rechtes und forderte für die fleischliche Vermischung des Mannes mit einer Unverheiratheten die Ehebruchsstrafen, indem man dieselbe in gleicher Weise für ein adulterium ausgab, wie den mit einer Verheiratheten verübten Beischlaf. Allein diese letzte Ansicht hat in der Wissenschaft bis tief in das 17. Jahrhundert hinein einen nennenswerthen Anhang nicht gewonnen und ist vor der C. C. B. nur durch einen einzigen Juristen, Bonifacius de Vitalinis [6], vertreten wor-

1) Propter justum dolorem! C. C. B. art 145: »seines billichen schmertzen halb«. Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 1, 2 und Julius Clarus § homicidium n. 49.

2) Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 8 und Julius Clarus l. cit. n. 48.

3) Cf. Augustinus ad Angelum Aretinum l. cit. n. 25.

4) Lectura ad l. publico C. ad leg. Juliam de adult. (= l. 1 C. 9, 9.)

5) Jacobus de Bellovisu l. I. c. IX. n. 39. Bartholomaeus de Saliceto ad l. 18 C. 9, 9. Angelus Aretinus in § novissime I. de publ. judic. Julius Clarus § adulterium n. 2 und die dort citirten Schriftsteller. Aegidius Bossius Tit. de coitu damnato et punibili n. 23. Tiberius Decianus Tractatus criminalis l. VI. c. 23 n. 14. Prosper Farinacius Oper. criminal. P. V. qu. 141 n. 75 ff. Cujacius ad tit. C. ad leg. Jul. de adult.

6) R. de adult. incest. n. 2. Im 16. Jahrhundert bekannten sich nur zwei namhafte Juristen zu Bonifacius de Vitalinis, nämlich Caccialupus in repetitione l. si qua illustris n. 47 vers. item habeo C. ad SCtum Orphitianum und Jacobus Menochius de arbit. judic. quaest. cas. 420 n. 105 ff. In Deutschland war einer der wenigen Vertreter Remus (Ausg. v. Abegg. pag. 133).

den. Die indubitata doctorum sententia, wie Julius Clarus sich ausdrückt, ging während des ganzen 15. und 16. Jahrhunderts dahin, es sei der Beischlaf des Mannes mit einer ledigen Frauensperson als stuprum zu betrachten und demgemäss mit Einziehung des halben Vermögen bez. mit körperlicher Züchtigung und Ausweisung zu bestrafen [1].

Dies waren die Bestimmungen, die Schwarzenberg bei den italienischen Juristen und der Hauptsache nach auch im Klagspiegel vorfand. Solchen Autoritäten gegenüber stand er nicht an, das bisher in Deutschland in Ehebruchssachen bestehende Verhältniss der weltlichen und geistlichen Gerichtsbarkeit auf die Weise abzuändern, dass er für dieselben auch das weltliche Gericht als zuständig erklärte, den Ehebruch also zu einem delictum fori communis machte. Indem so dem geistlichen Gerichte seine Competenz ungeschmälert vorbehalten blieb, beschränkte sich die Aufgabe von Schwarzenbergs Gesetzbuch darauf, die für das weltliche Forum entscheidenden Normen festzustellen; dass es dieselben ausschliesslich der italienischen Jurisprudenz entlehnte, wird um so begreiflicher, wenn man bedenkt, ein wie geringfügiges Material ihm in dieser Beziehung die einheimischen Rechtsquellen darboten.

Als der eigentliche Ehebruch erscheint in der C.C.B. Art. 145 der Umgang der Ehefrau mit einem fremden Manne; ihn bedroht sie auch mit den poenae adulterii des justinianischen Rechts. Dieselben Strafen auch auf den Beischlaf des Ehemannes mit einer Unverheiratheten zu setzen, wagt die C.C.B. noch nicht; sie behandelt denselben zwar dem Namen nach auch als einen Ehebruch, schliesst sich aber, was die Strafsatzung betrifft, mit ausdrücklicher Berufung auf das fremde Recht der grossen Zahl derjenigen Italiener an, die in dieser Handlung lediglich ein stuprum erblickten und demgemäss auch nur dessen Strafen [2]) für statthaft erachteten. Der herrschenden Meinung [3]) zufolge waren die Redaktoren der C.C.C. Art. 120 an diesem Punkte consequenter, indem sie den Umgang des Ehemannes mit einer ledigen Frauensperson nicht bloss dem Namen, sondern auch der Strafe nach dem von der Ehefrau verübten adulterium gleichstellten. Wenn man indessen die Stellung im Auge behält, welche die italienische Jurisprudenz während des ganzen 16. Jahrhunderts in dieser Frage eingenommen hat, wird man

1) Belehrend Carpzov, Pract. nov. P. II. qu. 52 n. 49 ff. und qu. 53 n. 48 ff.

2) Cf. § 4 I. de publ. judiciis 4, 4.

3) Martin, Lehrbuch § 292. Burchardi im N. Archiv des C.-Rs. 1825 S. 231. Wächter, Lehrbuch Bd. II. S. 437 (anders in seinen Abhandlungen S. 128). Heffter, Lehrbuch § 445 Note 2. Hälschner im Gerichtssaal Jahrg. 22. 1870 S. 422.

jene Meinung als unrichtig bezeichnen und behaupten müssen, dass die C. C. C den Beischlaf des Ehemannes mit einer Unverheiratheten in gleicher Weise wie die C. C. B. lediglich als stuprum bestrafen wollte [1].

4) Die Bigamie. Die lex Julia de adulteriis coërcendis bestrafte die Doppelehe an dem Ehemanne, vorausgesetzt dass er das Verbrechen mit einer Unverheiratheten begangen hatte, als stuprum, an der Frau als adulterium; war die Mitschuldige dagegen eine Verheirathete, so traf natürlich die Strafe des Ehebruchs auch den Bigamus. Neben den Strafen des stuprum bez. des adulterium stand die Infamie.

Diese Bestimmungen des römischen Rechtes sind von den italienischen Juristen auf zweifache Weise missverstanden worden. Die Einen behaupteten, es sei der bigamische Mann immer nur als stuprator zu bestrafen, die Anderen nahmen an, es treffe ihn in allen Fällen die Strafe des Ehebruchs — dies mit gleichzeitiger Berufung auf das canonische Recht [2], das die Doppelehe zwar als ein schwereres Verbrechen als den Ehebruch bezeichnet, diesem aber doch in der Strafe gleichgestellt habe. Mit grosser Entschiedenheit vertheidigt die erste Behauptung gegen die zweite, in der That ebenso richtige und ebenso falsche, Angelus Aretinus (Gl. che hai adulterato n. 65): Et advertas, quia vidi multos judices errare in intellectu d. l. eum qui duas (= l. 18 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9), nam puniunt capitaliter eum qui actualiter habet duas uxores, quod tamen non credo de jure procedere, quia d. l. dicit, quod committitur stuprum, et gl. ibi in verbo infertur expresse hoc vult, quod non committatur adulterium: sed stuprum, licet maritus accedat ad aliquam solutam: sed poena stupri non est poena

1) Die grammatische Auslegung des Art. 120 der C. C. C. ergibt kein Resultat, indem die Worte »Item dass es auch gleicherweiss ... gehalten werden soll« sowohl die eine als die andere Meinung zulassen. Die Strafe des Ehebruchs hat die C. C. C. wohl desshalb nicht ausdrücklich bezeichnet, weil die gleichzeitige Wissenschaft betreffs derselben schwankte; überdies hatte die C. C. B. Art. 145 die Ehebruchsstrafe nicht genau nach dem kaiserlichen Rechte fixirt, welches vor der Verstossung in ein Kloster noch körperliche Züchtigung der Ehebrecherin vorschreibt.

Die Rachebefugniss des Ehemannes und des Vaters der Frau hat die C. C. C. ebenfalls mit Stillschweigen übergangen, aber nicht in der Absicht, sie zu beseitigen. S. den Art. 150, der zwei Redaktionsfehler enthält, eine Verweisung, die selbst unrichtig ist (»in dem hundertsten v n d e y n vnd zwentzigsten artikel«) und zudem auf etwas geht, was in der C. C. C. (Art. 120) gar nicht steht.

2) C. gaudemus X. de divortiis (= c. 8 X. 4, 19). Aus der da befindlichen Bemerkung, dass die Patriarchen trotz ihrer Vielweiberei von dem Vorwurf des adulterium befreit seien, schloss man, dass die Bigamie wie der Ehebruch zu bestrafen sei! S. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. che hai adulterato n. 65.

capitis. Dieselbe Ansicht vertraten nach dem Zeugnisse des Augustinus[1], der sich selbst zu ihr bekennt, Cinus, Angelus de Ubaldis, Bartholomaeus de Saliceto[2] und Antonius de Butrio. Freilich waren einige dieser Juristen sehr geneigt, die Stuprumsstrafe in einzelnen Fällen bis zur poena capitis hinaufzuschrauben. Antonius de Butrio (+ 1408) will diese z. B. dann eintreten lassen, wenn eine persona vilis eine Doppelehe mit uxores nobiles eingehe, wobei er unter uxor nobilis nicht sowohl eine adelige als eine ehrbare Frau versteht[3]. Sed ista sunt somnia! fügt Augustinus hinzu[4].

Verglich nun Schwarzenberg die zu seiner Zeit in der fremden Wissenschaft herrschende Ansicht, dass die Bigamie bei dem Manne immer nur mit den Strafen des stuprum d. h. ins Deutsche übersetzt mit der Einziehung des halben Vermögens oder mit körperlicher Züchtigung und Verweisung zu belegen sei, mit der in seinem Vaterlande herrschenden Auffassung, wornach die Doppelehe für ein schwereres Verbrechen als der Ehebruch, selbst der öffentliche, galt und desshalb mit der Enthauptung oder dem Ertränken bestraft wurde, — letztere Strafe sahen wir ja in Bambergs nächster Nähe, in Nürnberg, praktisch[5] — so befand er sich in einer eigenthümlichen Verlegenheit, dies um so mehr, als er persönlich offenbar der deutschen Rechtsanschauung huldigte. Er mochte thun, was er wollte, ein Bruch war unvermeidlich: recipirte er die Ansicht, welche die Wissenschaft seiner Zeit als die einzig richtige ausgab, so musste er Anstoss und Aergerniss bei seinen eigenen Landsleuten befürchten, trat er der Auffassung dieser letzteren bei, so durchbrach er das Princip, das er selbst dem strafrechtlichen Theile seines Gesetzbuches zu Grunde gelegt hatte, nämlich in keinem Falle eine Todesstrafe festzusetzen, wo die gemeinen kaiserlichen Rechte eine solche ausschlossen. Wenn sich Schwarzenberg im Art. 146 freilich mit Widerwillen für die Rechtsanschauung der italienischen Jurisprudenz entschied, so ist dies jedenfalls ein schlagender Beweis

1) Ad Angelum Aret. Gl. che hai adulterato n. 65.

2) Alle drei in den Lecturen zur l. eum qui duas (= l. 18) und l. 1 C. ad leg. Jul. de adult. S. ausserdem Jacobus de Bellovisu l. I. c. IX. n. 37.

3) Vergl. auch den Klagspiegel im Titel ad leg. Jul. de adulter. Bl. 170 d: »Merck diss wort erber solt du versteen eyns erbern wandels vnd nit für edel. wo du daz hie innen vindest«.

4) Das hat Schwarzenberg nicht gehindert, sich die Ansicht des Antonius de Butrio anzueignen. S. Art. 146: »Doch wo ein erliche fraw oder junckfraw etc.«

5) S. oben S. 73. Vergl. Osenbrüggen Alam. Strafrecht S. 281.

für die grosse Achtung, die er dieser Quelle seines Gesetzbuches entgegenbrachte.

Die Redaktoren der C. C. C. Art. 121 sind hier Schwarzenberg nicht gefolgt. Sie bezeichnen die Doppelehe ausdrücklich als ein weit schwereres Verbrechen als selbst den Ehebruch, offenbar wegen des mit ihr verbundenen betrüglichen Missbrauchs des Sacramentes, stellen sie aber diesem nichtsdestoweniger in der Strafe gleich. Dass sie damit lediglich einer bereits in der italienischen Jurisprudenz aufgestellten und vertheidigten Ansicht zum Siege verhalfen, ergibt sich ohne weiteres aus dem oben Gesagten.

Auch in Bamberg selbst scheint die durch die C. C. B. vertretene Auffassung von der Strafbarkeit der Doppelehe keinen rechten Boden gefasst zu haben, denn schon im Jahre 1509 wurde laut einem Eintrage des Correctoriums ein Bigamus, der weder das Uebel, welches in Gestalt zweifacher Ehe geschieht, mehrmals vollbracht, noch auch besondere böse Umstände gegen sich hatte, mit dem Wasser vom Leben zum Tode gebracht[1]).

5) Der Incest. Die römischen Bestimmungen über die Bestrafung des Incestes sind, sowohl was das ältere als was das neuere Recht betrifft, bis auf den heutigen Tag unklar und bestritten geblieben. Dass sie von den italienischen Juristen[2]) missverstanden wurden, darf uns daher nicht überraschen.

Zum Ausgangspunkte ihrer Ausführungen über den Incest machten sie zwei zeitlich weit aus einander liegende Stellen der justinianischen Rechtsbücher, die l. 38 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5 und die Novella 134 cap. 10, die sog. Authentica Sed hodie[3]). Die Authentica gab ihnen die Strafbestimmungen für den Incest an die Hand, der colore matrimonii d. h. unter dem Scheine einer rechtsgültigen Ehe begangen wurde, aus der lex cit. entnahmen sie, dass der Beischlaf zwischen Ascendenten und Descendenten (coitus nefarius) sowie zwischen collaterales und affines (coitus incestuosus), mochte er nun die Gestalt eines adulterium oder stuprum annehmen, mit den Strafen des adulterium zu belegen sei.

1) S. Hohbach im Archiv des C.-R. 1844 S. 256.

2) Cf. Bonifacius de Vitalinis R. de adult. incestu sodom. n. 13. Bartolus lect. in l. 38 D. ad leg. Jul. de adult. Angelus Aretinus Gl. che hai adulterato n. 66 und 67, dazu Augustinus, Aegidius Bossius Tit. de coitu damnato et punibili n. 4 ff. und n. 71 ff. Julius Clarus § incestus. Paulus Ghirlandus Qu. II.—IV.

3) Eingeschoben hinter l. 30 C. ad leg. Juliam de adult.

So sagt Angelus Aretinus [1]:

Quando vero conjuncti commiscentur et inter ascendentes et descendentes dicitur nefarius coitus, incestus autem dicitur inter collaterales et affines, ut Inst. de nupt. § ergo (= I. de nuptiis 1, 10 § 1) et cum matrimonio et sine, ut ff. de adult. l. si adulterium cum incestu in princ. (= l. 38 pr. D. ad leg. Jul. de adult.), ita habetur in Auth. de incest. nupt. in princ. Et ista delicta, s. coitus nefarius et incestuosus, puniuntur ut adulterium, ut d. l. si adulterium,

und den Worten der C. C. B. Art. 142 ganz nahe kommend Bonifacius de Vitalinis:

Incestus vero committitur cum privigna, noverca, nuru, consanguinea et simili conjuncta, ut Inst. de nupt. § affinitatis et eadem poena punitur qua adulterium, ff. l. si adult. cum incestu.

Die Ehebruchsstrafe, die auf dem incestuosen adulterium und stuprum steht, hat dabei, wie Angelus Aretinus [2] nach dem Vorgange von Bartolus ausdrücklich bemerkt, das Besondere, dass sie eine einheitliche d. h. für den Mann und die Frau eine und dieselbe, die Schwertstrafe, ist, indem beide Schriftsteller läugnen, dass der l. 38 cit. durch die Authentica Sed hodie derogirt worden sei. Erst später scheint unter dem Drucke des canonischen Rechts die gegentheilige Ansicht durchgedrungen und bei der Frau an die Stelle der poena capitis die Strafe der Verstossung in ein Kloster getreten zu sein [3].

Das kirchliche Recht wurde noch in einer andern Beziehung wichtig. Der mit der Zeit steigende Einfluss, den dasselbe auf das jus civile gewann, zwang die italienischen Juristen, sich darüber schlüssig zu machen, ob die römischen Strafbestimmungen über den Incest nicht auf die Eheverbote der Kirche auszudehnen seien. Die italienischen Criminalisten des 15. Jahrhunderts berühren diesen Punkt noch nicht: sie verweisen für die Frage, zwischen welchen Personen die Ehe verboten sei und demnach das Verbrechen der Blutschande stattfinden könne, lediglich auf das römische Recht, speziell auf § 1 I. de nuptiis 1, 10. Aber schon in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts war der

1) L. cit. n. 66.

2) L. cit. n. 44: Et praedicta intellige, quando est simplex adulterium. Si autem esset adulterium cum incestu, vel cum nefario coitu, et tunc et in femina est poena capitis, et sic punitur femina ut masculus, ut est tex. in d. l. si adulterium cum incestu in princ. ff. de adult. et ibi gl. Bart. nec hodie corrigitur per auth. positam in l. quamvis C. de adult. ita dicit Bart. in d. l. si adult. De jure vero canonico, si maritus vult, est poena adulterii, ut habetur in c. gaudemus ext. de convers. conjug. (= c. 19. X. 3, 32).

3) S. vorige Note und Paulus Ghirlandus Qu. III. n. 5.

Streit im vollen Gange [1]) und in der zweiten Hälfte desselben Jahrhunderts, wie sich aus den Additionen von Bajardus zu Julius Clarus [2]) ergibt, zu Gunsten des canonischen Rechts entschieden.

Wird durch eine Betrachtung der Grundsätze der italienischen Juristen vollkommen klar, wie die C. C. B. Art. 142 dazu gekommen ist, auf »die vnkeusch mit nahent gesipten freunden« die Strafen des Ehebruchs [3]) zu setzen, so gibt dieselbe dagegen für die Frage, wie Schwarzenberg den Begriff des Incests gefasst habe, eine sichere Lösung nicht an die Hand.

Will man annehmen, wozu man in der That allen Grund hat, dass Schwarzenberg bei der Abfassung des Art. 142 entweder die l. 38. cit. selbst, oder einen der italienischen Juristen des 15. Jahrhunderts, etwa Bonifacius de Vitalinis, vor Augen hatte, so wird man behaupten müssen, dass er die in jenem Artikel namhaft gemachten »nahent gesipten freunde« nur beispielshalber hervorheben [4]) und dem Begriff der Blutschande genau nur die Ausdehnung geben wollte, die derselbe im römischen Rechte besass [5]).

Die Redaktoren der C. C. C. Art. 117 haben die C. C. B. in der Weise abgeändert, dass sie für die Strafe der Blutschande statt auf den Art. 120 allgemein auf die kaiserlichen geschriebenen Rechte verwiesen. Diese Abänderung geschah aber nicht in der Absicht, die Dispositionen des Art. 142 der C. C. B. zu beseitigen [6]), sondern zu dem Zwecke, eine Ergänzung derselben im Sinne der damaligen Wissenschaft zu ermöglichen [7]). Einer Ergänzung war der genannte Artikel der C. C. B. inso-

1) Cf. Julius Clarus l. cit. n. 3 und die dort angeführten Schriftsteller.

2) § incestus n. 1: Adde quod incestus est coitus inter consanguineos vel affines, qui utroque jure prohibente matrimonium contrahere nequeunt, c. lex 36 qu. 1 (= Caus. 36. qu. 1. c. 2). Vergl. schon Paulus Ghirlandus Qu. III. n. 1.

3) Und zwar die Strafen des Ehebruchs im römischen Sinne; an sie allein denkt die C. C. B. Unrichtig Wächter Abhandlungen S. 184 unten.

4) Denn sowohl die l. 38 pr. als Bonifacius de Vitalinis führen genau dieselben Personen auch nur in dieser Absicht auf. Die l. 38 lautet: Si adulterium cum incestu committatur, utputa cum privigna, nuru, noverca: mulier similiter punietur; id enim remoto etiam adulterio eveniret. Man vergl. die Paraphrase von Remus (Ausg. v. Abegg. pag. 129).

5) So bereits Rosshirt, Lehrb. des C.-Rs. § 217. Anderer Ansicht Wächter, Abhandlungen S. 183, 184. Zu einem ganz sicheren Resultate wird man bei dieser Frage kaum je gelangen können.

6) Dies glaubt mit Unrecht Wächter a. a. O. 185.

7) Daneben nöthigte zur Abänderung noch der formelle Grund, dass die C. C. C. bereits im Art. 120 für die Ehebruchsstrafen auf die kaiserlichen Rechte verwiesen hatte.

fern bedürftig, als er den Fall gar nicht vorgesehen hatte, wo der Incest colore matrimonii begangen worden war; hier kamen nach der Ansicht der italienischen Juristen nicht die poenae adulterii, sondern die Strafen der Authèntica Sed hodie zur Anwendung. Auf die Berücksichtigung dieses Gesetzes wollten die Verfasser der C. C. C. hinwirken, wenn sie in Art. 117 sagten, es solle bei der Blutschande »die straff wie dauon inn vnser vorfarn vnnd vnsern Keyserlichen geschriben Rechten gesetzt, gebraucht werden«.

Dass die C. C. B. Art. 141 bei dem

6) Verbrechen »der vnkeusch, so wider die natur geschicht« über das römische Recht[1]) oder wenigstens über das in diesem klar Ausgesprochene hinaus gegangen ist, wird durch die Bekanntschaft Schwarzenbergs mit der italienischen Jurisprudenz[2]) vollkommen erklärt.

Dieselbe[3]) unterscheidet nämlich drei Arten des widernatürlichen Beischlafs: den coitus, qui fit contra naturam humanae societatis sc. qui fit cum propria matre vel filia — also die Blutschande, den coitus, qui fit contra naturam sexus humani, quod est quando fit cum masculo, den coitus, qui fit contra naturam generis humani et illud est, quod fit cum brutis.

Die beiden letzten Formen der widernatürlichen Unzucht hat Schwarzenberg zu dem Verbrechen »der vnkeusch, so wider die natur geschicht« zusammengefasst, nur dass er die poena gladii, mit welcher dieselben bei den Italienern (de jure civili) bedroht erscheinen, mit der Strafe des Feuers ersetzte; er that dies auf Grund einer in Deutschland und auch anderwärts[4]) weit verbreiteten Anschauung, nach welcher in jeder unnatürlichen Wollustbefriedigung etwas Unchristliches, eine Ketzerei lag[5]).

7) Die Kuppelei. Das römische Recht unterschied vier Hauptfälle des lenocinium: das lenocinium mariti, dessen Strafe in allen Fällen die war, die das Gesetz dem Ehebruch gedroht hatte, die Begünstigung

1) L. 31 C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. § 4 I. de publ. judic. 4, 18 und Novella 72.

2) Cf. Albertus Gandinus R. de multis quaest. depend. a stat. n. 23—25. Bonifacius de Vitalinis R. de adult. incest. sodom. n. 10. Augustinus ad Angelum Aret. Gl. che hai adulterato n. 54. Aegidius Bossius Tit. de stupro detestabili in masculos. Julius Clarus § sodomia. Paulus Ghirlandus Qu. II. n. 1 und Qu. VIII.

3) S. z. B. Paulus Ghirlandus Qu. VIII. n. 1 und Damhouder, Praxis rerum criminalium c. XCVI. n. 4.

4) S. Damhouder l. cit. n. 20.

5) S. Osenbrüggen, Alam. Strafrecht S. 289.

eines fremden adulterium oder stuprum (z. B. durch Leihen von Wohnungsräumen), welche die Strafe des adulterium bez. des stuprum nach sich zog, die Heirath einer wegen Ehebruchs verurtheilten Frauensperson, wofür die dieser zuerkannte Strafe eintrat, endlich das lenocinium im eigentlichen Sinne d. h. das gewerbsmässige Halten von Huren zum Zwecke der Wollustbefriedigung Dritter, ein Verbrechen, dem Justinian (Novella 14) in seiner schwülstigen Redeweise *τὰς πασῶν ἐσχάτας ποινάς* androhte, obgleich er dabei bloss Deportation und körperliche Züchtigung im Auge hatte[1].

Diese Unterarten des lenocinium sind von den italienischen Juristen[2], besonders was die Bestrafung betrifft, nicht scharf genug auseinander gehalten worden. Nach ihnen gab es deren nur zwei. Die eine wird bereits von Azo[3]) und nach ihm von Angelus Aretinus mit den Worten beschrieben:

> Est autem leno, qui adulterio subjicit, vel pretium pro cooperto stupro accipit, vel damnatam de adulterio duxit in uxorem, vel quaestum ex uxoris adulterio facit, vel deprehensam uxorem in adulterio in matrimonio retinuit,

und für ein schwereres Verbrechen als der Ehebruch bezeichnet, nichtsdestoweniger aber ohne weiteren Unterschied mit dessen Strafe belegt[4].

Die andere, die sog. Hurenwirthschaft, wird in Folge eines Missverständnisses der Novella 14 mit dem Tode bedroht, während derjenige, der sie wissentlich in seinem Hause gestattete, auf Grund der gleichen Novelle den Verlust desselben nebst einer Geldbusse erleidet[5].

Indessen veranlasste der Umstand, dass die Praxis in Italien und auch anderwärts sich gegenüber diesen Bestimmungen sehr spröde verhielt, die Doktrin sehr bald, von dem römischen Rechte abzuweichen. So sucht bereits Augustinus Ariminiensis[6] aus den Quellen selbst

1) Vergl. Wächter, Abhandlungen S. 205—207.

2) Cf. Jacobus de Bellovisu l. I c. IX (Lenonem). Bartolus lect. in l. 2 D. ad leg. Jul. de adult. Bonifacius de Vitalinis R. de adult. incest. et sodom. n. 7. Angelus Aretinus Gl. che hai adulterato n. 69, dazu Augustinus. Julius Clarus § fin. qu. 68 n. 23. Damhouder c. XC. u. XCI.

3) Summa ad Cod. lib. IX. tit. ad leg. Jul. de adult. n. 14.

4) Angelus Aretinus verweist für die Bestrafung auf die l. 2 § 1, 2 D. ad eg. Jul. de adult., die den Italienern insofern Schwierigkeiten machte, als sie verschieden gelesen wurde; cf. Bartolus l. cit., der die Entscheidung der Glosse annimmt. S. auch Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 2.

5) Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 2. Bartolus lect. in Auth. de lenonibus coll. III. (= Novella 14). Julius Clarus l. cit. Damhouder c. XCI n. 4.

6) Ad Angelum Aret. l. cit.

nachzuweisen, dass die von Angelus Aretinus aufgezählten Fälle der Kuppelei nie mit dem Tode zu bestrafen seien und Juristen des 16. Jahrhunderts, wie Damhouder[1], sind der Meinung dass für sie die einfache Ausweisung genüge. Daneben wird allgemein bezeugt, dass für die Hurenwirthschaft in praxi nie Todes-, sondern immer nur Leibesstrafen (flagellatio cum mitra, exilium) angewendet würden[2].

Die C. C. B. handelt von der Kuppelei in zwei Artikeln:

a. Im Art. 147 bestimmt sie, dass der Ehemann, der seine Frau oder Tochter um irgend eines Vortheils willen wissentlich zur Unzucht gebrauchen lasse (sog. qualificirte Kuppelei), ehrlos sein, mit Ruthen ausgehauen und des Landes verwiesen werden solle.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob Schwarzenberg bei dieser Bestimmung seinem Principe, über die Anwendung einer Todes- oder Leibesstrafe nur das römische Recht entscheiden zu lassen (Art. 125), bewusst untreu geworden sei[3], bewusst darum, weil er sowohl aus den italienischen Juristen als dem Klagspiegel[4] ersehen konnte, dass die qualificirte Kuppelei nach dem gemeinen geschriebenen Rechte wie ein Ehebruch, also beim Manne mit dem Tode bestraft wurde. Ferner könnte man glauben, dass die Redaktoren der C. C. C. den Art. 147 der C. C. B. gerade desshalb abänderten, weil sie diesen Bruch mit dem angenommenen Systeme beseitigen wollten. Das Irrige einer derartigen Annahme ergibt sich indessen sofort, wenn man im Auge behält, dass die C. C. B. Art. 145 für den Ehebruch eine zweifache Strafe angenommen hat, einmal das Schwert, sodann das Gefängniss, den Pranger oder die Fustigation in Verbindung mit der Ehrlosigkeit. War also Schwarzenberg, was man ohne weiteres annehmen darf, der Ansicht, dass die qualificirte Kuppelei wie ein Ehebruch zu ahnden sei, so hatte er die Möglichkeit, zwischen zwei Strafsatzungen, einer härteren und einer gelinderen, zu wählen; für welche von beiden er sich auch entschied, immer blieb er im Einklang mit dem im Art. 125 ausgesprochenen Principe.

1) Cf. c. XC n. 1 u. 2.

2) Cf. Julius Clarus l. cit. Dazu Bajardus n. 58 ff. Damhouder c. XCI. n 8.

3) So Hälschner, Geschichte S. 86, Note 10.

4) S. die Stelle oben S. 197. So auch die Glosse zum Sachsenspiegel II, 13: »Hier sollst du auch wissen von denen, so ihre weiber vermiethen und dieselben andren verkuppeln und die armen frauen damit betrügen, ob sie das klagen wollen: man richtet über sie, als über diese (Ehebrecher) allhier«. Bezeichnend auch Perneders H.-G.-O. (Ausg. v. 1551) fol. XIII. D.

Wenn er sich nun zur Annahme der milderen Bestrafung entschlossen hat, so geschah dies wohl desshalb, weil die Wissenschaft zum Theil schon des 15. und vollends des 16. Jahrhunderts der Todesstrafe bei der qualificirten Kuppelei gänzlich abhold war[1].

Dem Gesagten entsprechend erklärt sich denn auch die Abänderung der C. C. B. Art. 147 durch die C. C. C. Art. 122 lediglich durch den Umstand, dass die letztere bereits für die Strafe des Ehebruchs auf die kaiserlichen Rechte verwiesen hatte[2].

b. Im Art. 148 spricht die C. C. B. von denjenigen, welche unschuldige und unverleumdete Mädchen »zu sundtlichen fleyschlichen wercken« verführen (einfache Kuppelei), und bestimmt: »dieselben bosshafftigen kupler oder kuplerin, auch die jhenen so heuser darzu leyhen, söllen nach gelegenheyt der verhandlung vnd Rate der rechtuerstendigen des landes verweyst, in branger gestelt, die oren abgeschnitten, oder mit rutten aussgehawen werden«.

Schwarzenberg hatte bei diesem Artikel offenbar die Novella 14 oder, was noch wahrscheinlicher ist, einen der italienischen Juristen, etwa Jacobus de Bellovisu[3], vor Augen. Er war wohl ebensosehr wie diese davon überzeugt, dass die genannte Novelle auf die einfache Kuppelei die Todesstrafe setze; da er aber diese Strafe mit Recht für zu streng, ja mit Rücksicht auf die damaligen Verhältnisse in Deutschland[4] geradezu für undurchführbar hielt, überdies auch die Italiener einstimmig zugaben, dass sich die Praxis immer mit Leibesstrafen und Verweisungen begnüge, so stand er nicht an, die bei diesem Verbrechen gangbaren einheimischen Strafen beizubehalten[5]. Die Redaktoren des C. C. C. waren gleicher Ansicht, nur den Schlussatz des Art. 148 der C. C. B.

1) Und dieses Recht der (italienischen) Wissenschaft galt bei Schwarzenberg mehr als das Recht der römischen Quellen. S. oben S. 207.

2) Zu der weiteren Abänderung der C.C.B. Art. 147 (»Tochter«, in der C.C.C. »Kinder«) vergleiche Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 8.

3) L. cit. n. 2: Et de artibus istorum lenonum cum habeant decies millies modos decipiendi et venandi juvenculas miserandas, nam sicut venatores, esca ostensa, decipiunt aviculas, sic ipsi suis adulationibus eas educatas decipiendo deducunt ad necessitatem et universam confusionem etc.

4) S. darüber Hälschner, System II. S. 297.

5) So auch das Freiburger Stadtrecht v. 1520 Tract. V. Tit. Von kupler und kuplerinnen. »Offen kupler und kuplerinnen, und die so eelüt uffhalten, from döchtern und frowen zu bubereien bewegen«, will es mit Verlust des Zunftrechts, Ausweisung aus der Stadt, oder sonst mit »hoher« Strafe bestraft wissen.

glaubten sie streichen zu müssen, aus keinem anderen Grunde, als weil derselbe mit dem gemeinen Rechte, nach welchem die Begünstigung eines fremden Ehebruchs immer die durch diesen verwirkte Strafe nach sich zog, im Widerspruch stand [1].

Ist die C. C. B. bei der Behandlung der Fleischesverbrechen in hohem (die C. C. C. in noch höherem) Grade von der italienischen Jurisprudenz beeinflusst, so weiss sie der letzteren gegenüber ihre Selbstständigkeit um so mehr zu wahren bei dem Verbrechen

V. Des Diebstahls. — Hier kommt das deutsche Recht wieder im vollen Umfange zur Geltung, so sehr, dass man dasselbe als Grundlage annehmen muss und nur fragen darf, in wie fern es durch die Bestimmungen des fremden Rechts modificirt worden ist.

Dieses Verhältniss an der Hand ausgedehnter Quellenstudien festgestellt zu haben, ist ein Verdienst R. Köstlins [2]. Während noch gleichzeitige Schriftsteller in der historischen Begründung der auf den Diebstahl bezüglichen Bestimmungen der C. C. B. und C. C. C. entweder ganz romanisirten oder doch darin fehlten, dass sie das römische Recht zum Ausgangspunkte nahmen und die deutschrechtlichen Vorschriften nur als strikt zu beweisende Abweichungen darstellten, zeigte Köstlin, »dass der Kern des Rechts der P. G.-O. in Beziehung auf den Diebstahl durchaus germanischen Ursprungs und Gepräges« sei. Freilich ging derselbe in seinem Bestreben, dem vaterländischen Rechte zur verdienten Anerkennung zu verhelfen, insofern zu weit, als er den Einfluss, den die italienische Jurisprudenz auf die Behandlung des Diebstahls in der C. C. B. und C. C. C. gehabt hat, gänzlich übersah [3]. Derselbe ist nicht sehr bedeutend, aber immerhin beachtenswerth [4].

Die Darstellung der Lehre vom Diebstahl zeigt bei den Italienern [5])

1) Azo l. cit. n. 9. und nach diesem der Klagspiegel Tit. ad leg. Jul. de adult. Bl. 169 b: »Item des gleychen es sey fraw oder man der oder die jr hauss darzu leicht das darinn eebrechen geschehe. oder so einer gelt. oder andern nutz auss seiner frawen eebrechen nympt. er sey wer er wöll. er mag nahet als ein eebrecher gestrafft werden. das hauss sey sein eygen oder nit«.

2) S. dessen Abhandlung über den Diebstahl nach dem deutschen Rechte vor der Carolina in der Kritischen Ueberschau Bd. 3. 1856. S. 149 ff. u. S. 335 ff.

3) S. z. B. dessen Aeusserung in den Abhandlungen aus dem Strafrechte S. 238.

4) S. für das Folgende die vortreffliche Darstellung Hälschners in s. System II. S. 409 ff.

5) Albertus Gandinus R. de furibus et latronibus. Jacobus de Bellovisu l. I. c. X (furem et latronem). Bartolus Comment. ad lib. 47 t. 2 D de furtis. Bonifacius de Vitalinis R. de furibus, lat. et robat. Angelus Aretinus

dieselben Eigenthümlichkeiten, auf die wir bereits bei der Besprechung der Tödtungsverbrechen aufmerksam gemacht haben. Ausschliesslich vom römischen Rechte ausgehend und eine Zeit lang auch auf dasselbe beschränkt, wurden sie durch die von Jahr zu Jahr enger werdende Verbindung der Doktrin und Praxis genöthigt, das longobardische Recht je länger je eingehender zu berücksichtigen und dessen Grundsätze mit denen des römischen Rechts in systematischen Zusammenhang zu bringen. Sie thaten dies der Hauptsache nach in der Weise, dass sie sich, soweit es sich um den Thatbestand des Diebstahls handelte, dem römischen, was dagegen die Bestrafung und die durch die Strafe bedingte Unterscheidung der Diebstahlsarten betraf, dem in der Praxis vorgefundenen germanischen Rechte anschlossen. Die Definition des Diebstahls wird daher ganz den römischen Quellen entnommen und wiederholt sich unverändert von den frühesten Schriftstellern an bis hinauf zu den Juristen des 16. Jahrhunderts, ohne dass irgend eine Andeutung darüber gemacht würde, in welcher Beziehung der Diebstahl des germanischen Statutarrechts von dem des römischen Rechtes abweiche.

Die Arten des Diebstahls, welche die italienischen Juristen kennen, sind, wenn wir von der ganz römischen Unterscheidung des furtum rei, usus und possessionis absehen, folgende:

1. Das furtum manifestum und nec manifestum; die Italiener fanden diese Unterscheidung sowohl in dem römischen als in dem longobardischen Rechte[1]) vor. Dem Einflusse dieses letzteren ist es jedenfalls zuzuschreiben, wenn sie als fur manifestus denjenigen bezeichneten, der auf der Flucht nach dem Diebstahl bemerkt und mit dem Gerüfte verfolgt worden, wogegen es allerdings der germanischen Rechtsanschauung wenig entsprach, wenn sie zum Thatbestande des furtum manifestum weder apprehensio noch captura erforderten[2]).

2. Das furtum magnum und parvum. Die kritische Summe für diese Unterscheidung, die in der späteren Doktrin verschwand, um der römischen Eintheilung der Diebstähle in furta manifesta und nec mani-

Gl. vestem coelestem foderatam (dazu Augustinus). Julius Clarus § furtum. Aegidius Bossius Tit. de furtis.

1) S. Osenbrüggen, das Strafrecht der Langobarden S. 118.

2) Cf. Albertus Gandinus l. cit. n. 6. Angelus Aretinus l. cit. n. 4: Et fur dicitur manifestus, quando fuit visus post furtum fugere et post eum fuit acclamatum; nec requiritur apprehensio sive captura. S. auch Bartolus lect. ad. l. 2 u. 3 D. de furtis 47, 2.

festa völlig Platz zu machen, war nach der Authentica Friderici I. de pace tenenda fünf solidi [1]).

3. Das furtum primum, secundum und tertium. Es handelte sich bei dieser Eintheilung um die verschiedene Bestrafung des ersten und des wiederholten Diebstahls. Die italienischen Juristen sahen in der Wiederholung des Diebstahls ein für die Strafbestimmung noch wichtigeres Moment, als in dem Betrag des Gestohlenen, da sich in der erneuten Begehung des Verbrechens ein besonders schlechter Sinn des Thäters kundgebe.

Sie bezeichneten den Dieb, der zum dritten Mal stahl, als fur famosus und vermittelten durch die Gleichstellung desselben mit dem latro famosus und grassator die Anwendung der l. 28 § 15 D. de poenis 48, 19 auf den dritten Diebstahl. Da in dieser Stelle die latrones famosi mit dem Galgen (furca) bedroht werden, so kamen sie rücksichtlich der Bestrafung des furtum tertium zu einem Resultate, das auch von der deutschen Reichsgesetzgebung [2]) und dem longobardischen Rechte [3]) gebilligt wurde. Die Gleichstellung des ter furatus mit dem latro famosus und die Todesstrafe bei dem dritten Diebstahl wurden von den italienischen Juristen mit der consuetudo delinquendi d. h. mit der jenen Personen eigenthümlichen verbrecherischen Hartnäckigkeit und Beharrlichkeit motivirt, die sich bei dem latro in der Gewaltanwendung gegen die Person, bei dem ter furatus in der Wiederholung des Verbrechens äussere. Diese Motivirung wird man vor Allem im Auge behalten müssen, wenn man die Frage richtig beantworten will, ob die Italiener bei der Bestrafung des furtum tertium mit dem Tode den eigentlichen Rückfall d. h. die erfolgte zweimalige Bestrafung voraussetzten. Sie thaten dies in der That nicht, sondern bestimmten auch dem Diebe, der nachgewiesenermassen dreimal gestohlen hatte, ohne bestraft worden zu sein, die Todesstrafe als eine billige Nachzahlung der schon früher verdienten Züchtigung. Mehr! Sie dachten in erster Linie so wenig an den eigentlichen Rückfall, dass sie fortwährend

1) Albertus Gandinus l. cit. n. 10 und Angelus Aretinus l. cit. n. 12. Bartolus u. Baldus unterschieden zwischen einem furtum magnum und parvum ohne eine feste Grenzbestimmung in dem Sinne, dass der Dieb schon für den ersten grossen Diebstahl sollte gehängt werden dürfen, wenn auch das Statutarrecht diese Strafe erst für das furtum tertium festsetze. Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 13 u. 33 und Julius Clarus l. cit. n. 9.

2) Karoli M. Capit. 779 c. 23.

3) Lombarda-Commentare I, 25 des Ariprand u. Albert. Die Behandlung des rückfälligen Diebes im Edikt K. Liutprands s. bei Osenbrüggen, das Strafrecht der Langobarden S. 124.

die Frage discutirten, ob die Todesstrafe als Strafe für den dritten Diebstahl auch dann zu verhängen sei, wenn der Dieb schon zweimal bestraft worden[1]. Wenn sie nun auch die Frage bejahten, indem sie die Ansicht, dass die früher bestraften Diebstähle nicht zum zweiten Male bestraft werden dürften, richtig damit widerlegten, dass es sich hier nicht um die wiederholte Bestrafung des furtum primum und secundum, sondern um einen das furtum tertium erschwerenden Umstand handle, so darf auf Grund hiervon doch mit Sicherheit angenommen werden, »dass die Strafe des zweiten und dritten Diebstahls zwar auch nach früher erfolgter Bestrafung verhängt wurde[2], diese aber nicht nothwendig voraussetzte«.

4. Die Unterscheidung des Diebstahls mit Einsteigen, Einbrechen oder Bewaffnung war der italienischen Jurisprudenz wenigstens in der Zeit vor der C. C. B. so gut wie unbekannt[3], ebenso auch dem longobardischen Rechte; letzterem desshalb, weil in demselben das Eindringen und Einbrechen in das Haus und den Hof eines Anderen, die sog. curtis ruptura, ohne Rücksicht auf die dabei obwaltende Absicht des Thäters als ein selbständiges Verbrechen behandelt wurde[4].

In der Bestrafung des Diebstahls fand bei den italienischen Juristen ein bedeutsamer Fortgang statt.

Bei den älteren, wie bei Albertus Gandinus[5] und Jacobus de Bellovisu[6], machten sich drei Gesetze, alle drei von der Theorie als vollkommen gültig anerkannt, den Rang streitig: Die sog. lex communis d. h. das römische Recht, nach welchem der Diebstahl criminell mit körperlicher Züchtigung und nur bei dem latro famosus mit dem Tode (durch Erhängen) bestraft wurde, die Authentica Friderici I. de pace

1) Cf. Albertus Gandinus l. cit. n. 4. Bonifacius de Vitalinis l. cit. n. 3. Angelus Aretinus l. cit. n. 14 (dazu Augustinus). Julius Clarus n. 12.

2) Cf. Damhouder c. CX. n. 20 ff. und Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 26 (»in tertia captione«); vergl. Hälschner, System II. S. 413 Note 2.

3) S. Hälschner a. a. O. S. 412 Note 4. Nur drei Juristen aus der Zeit vor der C. C.B. gedenken flüchtig des gefährlichen Diebstahls: Bonifacius de Vitalinis l. cit. n. 8, 26, Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 27, 28, Paulus de Castro in Auth. Sed novo jure n. 5, 9 C. de servis fugitiv. (Vergl. Carpzov, Pract. nov. qu. 79 n. 1). Sehr wohl kennen denselben die Juristen des 16. Jahrhunderts, so Aegidius Bossius Tit. de rapinis n. 9, Jacobus Menochius de arbitrar. judicum quaestionibus II. 299. n. 4, 5, Julius Clarus § fin. qu. 68 n. 4 (dazu Bajardus), Prosper Farinacius, Praxis criminal. qu. 167 n. 22 sequ.

4) Vergl. die Lombarda-Comment. des Ariprand und Albert I. 24. S. Osenbrüggen das Strafrecht der Langobarden S. 140.

5) L. cit. n. 9.

6) L. cit. n. 5.

tenenda, der zu Folge der Dieb, der an Werth fünf solidi gestohlen hatte, den Strang verdiente, endlich das longobardische Volksrecht[1]. Dieses unterscheidet einen grossen und kleinen Diebstahl in dem Sinne, dass es erst die Entwendung von 10 siliquae als Friedbruchssache behandelt und die Entwendungen von geringerem Betrage lediglich mit einer Busse von höchstens sechs solidi belegt.

Der eigentliche Diebstahl zieht in jedem Falle die Erstattung des Gestohlenen nebst Zahlung des achtfachen Betrags nach sich und, wenn er handhaft ist, muss ausserdem das an den Bestohlenen verwirkte Leben von dem Freien mit 80, von dem Unfreien mit 40 solidi erkauft werden. Eine grössere Strenge in der Bestrafung des Diebstahls und zwar mit Anwendung öffentlicher Strafen zeigt K. Liutprand in seinem Edikt (c. 80), in dem er dem Richter befiehlt, den Dieb, der componirt habe, auf zwei oder drei Jahre in ein Gefängniss unter der Erde zu stecken, und auch die Wiederholung des Diebstahls als erschwerenden Umstand berücksichtigt. Im Anschluss an Liutprands Edikt und unter Berücksichtigung des römischen Rechts unterscheiden die Lombarda-Commentare von Ariprand und Albert (I, 25) zwischen der öffentlichen und der Privatstrafe des Diebstahls. Die Privatstrafe besteht in dem neunfachen Ersatze des Gestohlenen, beim furtum manifestum ausserdem noch in der Zahlung von 80 bez. 40 solidi, als öffentliche Strafen erscheinen die der Reichsgesetzgebung (Karoli M. Capit. 779 c. 23), nach welcher der erste Diebstahl den Verlust eines Auges, der zweite den Verlust der Nase, der dritte den Tod durch den Strang nach sich zog. Eine von Albertus Gandinus und Anderen bezeugte Praxis wich von dieser Strafscala insofern ab, als sie beim ersten Diebstahl Fustigation, beim zweiten Verlust eines Ohres, beim dritten die Todesstrafe eintreten liess.

Das Verhältniss der Gleichberechtigung, das rücksichtlich der Bestrafung des Diebstahls zwischen dem römischen und longobardischen Rechte und der Authentica Friderici I. noch zur Zeit von Albertus Gandinus bestand, änderte sich indessen bald zu Ungunsten des römischen Rechts, indem die Doktrin die einschlägigen Bestimmungen desselben immer mehr zurücktreten liess und sich den in der Praxis geltenden

1) Die Hauptbestimmungen in Ed. Rotharis Cap. 253 und 254 lauten: Si liber homo furtum fecerit et in ipsum furtum temptus fuerit, id est fegangi, si usque ad decem seliquas furtum fecerit, sibi nonum reddat, et componat pro tali culpa solidos LXXX, aut animae suae incurrat periculum. — Si servus furtum fecerit et tentus in ipsum furtum fuerit usque ad decem seliquas, sibi nonum reddatur, excepto componat pro culpa solidos XL, aut occidatur. Vergl. dazu Hälschner a. a. O. S. 410 und besonders Osenbrüggen a. a. O. S. 118 ff.

Grundsätzen des longobardischen Rechtes anschloss; nur die Busse des letzteren musste den römischen Pönalklagen auf das duplum und quadruplum weichen. Die Authentica Friderici I. kam wegen ihrer Härte in immer grösseren Misscredit und wurde bereits im 14. Jahrhundert durch eine geschickte Deutung bei Seite geschoben[1], bis Julius Clarus[2]) behauptete, sie sei überhaupt nie recipirt worden.

Die Anstellung der Diebstahlsklage wurde von den Italienern ausgeschlossen

a. bei dem furtum domesticum. Der Begriff dieses Deliktes ist bei ihnen ein viel weiterer als im römischen Rechte. Während das letztere als furtum domesticum den Diebstahl des Sklaven, Freigelassenen, mercenarius am Herrn, Patron, Brodherrn bezeichnet und dabei die actio furti unbedingt, die accusatio furti wenigstens für minder bedeutende Fälle ausschliesst[3], stellen die Italiener unter dieses Vergehen auch das vom Kinde am Vater verübte furtum und machen dessen Straflosigkeit irriger Weise ebenfalls von der Geringfügigkeit des Entwendeten abhängig. Dem furtum domesticum behandeln sie in jeder Beziehung gleich den Diebstahl unter Ehegatten[4].

b. Bei dem furtum tempore extremae necessitatis factum. Die italienischen Juristen[5] berufen sich dabei auf cap. 3 X. de furtis, in welcher Stelle das canonische Recht den von ihm ausgesprochenen Grundsatz: Necessitas legem non habet[6], auf den besonderen Fall des im Nothstande begangenen Diebstahls angewendet hat. Die Beantwortung der Frage, wann eine extrema necessitas vorliege, überlassen sie dem Ermessen des Richters.

Eine gesonderte Darstellung widmet die italienische Jurisprudenz[7] dem Kirchendiebstahl (sacrilegium im e. S.). Der Thatbestand dieses

1) Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 12: sed ibi dicitur esse speciale propter fractionem pacis.

2) L. cit. n. 7.

3) S. Köstlin, Abhandlungen S. 216 u. 217.

4) Cf. Angelus Aretinus l. cit. n. 33, Julius Clarus l. cit. n. 22, Aegidius Bossius l. cit. n. 24 ff.

5) Cf. Bonifacius de Vitalinis l. cit. n. 29, Julius Clarus l. cit. n. 24, Aegidius Bossius n. 52.

6) Dist. 1 C. 11 de consecrat. c. 4 X. de R. J.

7) Cf. Azo, Summa ad Cod. lib. IX. Tit. de crimine sacrilegii, Bonifacius de Vitalinis Rub. de poena committentis sacrilegium, Julius Clarus § sacrilegium, Aegidius Bossius Tit. de sacrilegiis, Paulus Ghirlandus, de poenis omnifariam coitus illiciti Q. I. Die Italiener bezeichnen dieses Verbrechen ausdrücklich als ein delictum mixti fori; s. z. B. Aegidius Bossius l. cit. n. 7.

Verbrechens war bekanntlich nach dem canonischen Rechte ein anderer als nach dem römischen, und so war auch die Behandlung desselben bei den italienischen Juristen eine zwiespältige: de jure civili betrachteten sie die Entwendung einer geweihten Sache von einem nicht geweihten Orte sowie die Entwendung einer nicht geweihten Sache von einem geweihten Orte als einen blossen Diebstahl, während sie de jure canonico auch diese beiden Fälle unter den Begriff des sacrilegium stellten.

Die Strafe des sacrilegium war nach dem jus civile eine verschiedene, je nachdem es sich um eine Entwendung aus einem locus publice et ad usum publicum consecratus handelte, oder um eine solche aus einem locus sacer privatus [1]. Im ersten Falle trat eine extraordinäre, aber jedenfalls capitale Strafe ein — das Gleiche fand statt bei einer blossen Beschädigung eines templum publicum sacratum (z. B. durch Einbrechen) [2] — im zweiten sollte die zu erkennende Strafe milder als die des sacrilegium und härter als die des furtum sein [3]. In beiden Fällen war bei der Strafausmessung Rücksicht zu nehmen auf das Alter und das Geschlecht des Diebes und auf die einzelnen Thatumstände (qualitas rei et temporis). Necessitas famis entschuldigte immer [4].

Aus dem Vorigen lässt sich mit Leichtigkeit erkennen, was Schwarzenberg der italienischen Jurisprudenz bei Abfassung der Art. 183—201 entnommen hat.

Sicher ist vor Allem, dass der Diebstahlsbegriff, den die C. C. B. voraussetzt, mit dem römischen, an dem die italienischen Juristen festhielten, Nichts gemein hat. Dass derselbe von der C. C. B. durchaus im Sinne des deutschen Rechts gefasst worden ist, darüber kann man nicht zweifelhaft sein, sobald man bedenkt, dass nicht nur das ganze System ihrer Strafsatzungen und die Mehrzahl der Momente, welche die Verschiedenheit derselben bedingen, den deutschen Diebstahl zur Voraussetzung haben, sondern dass auch die Unterschlagung, im römischen Rechte ein Theil des furtum, der deutschen Rechtsauffassung gemäss (im Art. 196) eine selbständige Existenz erlangt hat.

1) Ein locus publice et ad usum publicum consecratus war die ecclesia ordinaria; zu den privatim consecrirten Orten gehörten die oratoria, quae nobiles habent in domibus, die aedicula presbyteri posita juxta ecclesiam vel canonica clericorum.

2) Es ist dies nicht unwichtig zur Entscheidung der Streitfrage, ob die C. C. C. Art. 172 das blosse Einbrechen in die Kirche zum Zwecke des Diebstahls in der Strafe dem ausgeführten Diebstahl gleichstelle. S. Wächter, Lehrbuch II. S. 321.

3) Vergl. besonders Bartolus lect. in l. 9 D. ad leg. Juliam peculatus und Paulus Ghirlandus l. cit. n. 7.

4) Cf. Bonifacius de Vitalinis l. cit. n. 2, Julius Clarus l. cit. n. 3, Aegidius Bossius l. cit. n. 6.

Dagegen darf Folgendes mit Bestimmtheit auf die italienische Jurisprudenz als Quelle zurückgeführt werden:

1) Die Unterscheidung des öffentlichen und heimlichen Diebstahls und die damit verbundene Strafe des duplum und quadruplum, welche in der C.C.B. Art. 183, 184 allerdings eine vom römischen Rechte abweichende Bedeutung dadurch erhalten hat, dass sie noch ein an den Richter zu zahlendes Gewedde nach sich zieht [1]. Man hat die Herleitung der Unterscheidung des öffentlichen und heimlichen Diebstahls aus dem fremden Rechte vielfach als irrig bezeichnet, da jedenfalls die Ausdrucksweise in der C. C. B. Art. 184 (»oder eyn geschrey oder nacheyl machte«) durchaus germanischen Gepräges sei [2], dabei aber übersehen, dass bereits die italienischen Juristen das Moment des »Geschrei- und Nacheilemachens« in die Definition des furtum manifestum aufgenommen haben. Auch die Abweichung, dass der öffentliche Diebstahl regelmässig körperliche Strafe nach sich zieht und nur dann mit dem quadruplum gebüsst wird, wenn es sich um eine Person handelt, »da bey besserung zuhoffen were«, hat bereits in der italienischen Jurisprudenz [3] ihren Vorgang; freilich war eine derartige Rücksichtnahme auf die Person des Diebes, wie wir aus den Nürnberger Chroniken [4] ersahen, auch in Deutschland nichts Ungewöhnliches. Dagegen weicht die C.C.B. bei der Behandlung des furtum manifestum und nec manifestum insofern von der italienischen Doktrin ab, als sie die Strafen dieser Diebstähle nicht in dem Sinne als bürgerliche betrachtet, dass an ihre Stelle eine jene Unterscheidung nicht beachtende öffentliche Strafe treten könnte, sondern ihnen ausschliessliche Geltung für alle Fälle beilegt, wo die öffentliche oder heimliche Entwendung ohne einen weiteren erschwerenden Umstand stattfand [5].

2) Die kritische Summe des grossen und kleinen Diebstahls. S. oben S. 97.

3) Der Rechtsgrund für die schärfere Bestrafung des wiederholten Diebstahls. Als solcher erscheint in der C.C.B. ebenso wie bei den Italienern das perseverare in crimine: der Dieb, der dreimal gestohlen hat, verdient die Todesstrafe desshalb, weil er eine grosse Hartnäckigkeit und Beharrlichkeit in der Begehung dieses Verbrechens und damit einen besonders schlechten Sinn an den Tag gelegt hat. Die Italiener

1) Vgl. auch die Wormser Reformation Bch. 3, Th. 1, Tit. 29 u. oben S. 132.

2) S. Köstlin, Abhandlungen S. 247.

3) Cf. Jacobus de Bellovisu l. cit. n. 22, dazu Julius Clarus l. cit. n. 16. 4) S. oben S. 71.

5) S. Hälschner a. a. O. S. 411.

stellten den ter furatus unter der Bezeichnung »fur famosus« dem latro und grassator an die Seite, da sich bei diesen dieselbe verbrecherische Beharrlichkeit nur in einer anderen Richtung kundgebe; wörtlich übereinstimmend nennt die C. C. B. Art. 188 den Dieb, der zum dritten Mal gestohlen hat, einen »verleymaten dieb« und rechtfertigt die für denselben festgesetzte Todesstrafe damit, dass ein solcher Dieb einem »Vergewaltiger« gleich geachtet werde.

Wenn feststeht, dass die C. C. B. bei der Ausmessung der Strafe des dritten Diebstahls von demselben Gesichtspunkte ausging wie die italienische Doktrin, so darf auch ohne weiteres angenommen werden, dass sie dabei, wie diese, nicht ausschliesslich den rückfälligen d. h. den bereits zweimal bestraften Dieb im Auge hatte [1], sondern ebensosehr, wenn nicht noch mehr, an den anderen Fall dachte, wo der Dieb schon zweimal unentdeckt gestohlen hatte. Wie wenig die Italiener in der Rückfälligkeit die ausschliessliche Voraussetzung der Todesstrafe des ter furatus erblickten, haben wir bereits gesehen; hätte die C.C.B. die entgegengesetzte Auffassung zur Geltung bringen wollen, so hätte sie diese Abweichung sicherlich motivirt. Ebenso lag dann, wie Hälschner richtig bemerkt hat, keine Veranlassung vor, die grössere oder geringere Bestrafung des zweiten Diebstahls (Art. 187) von der Summe der Werthe beider Diebstähle abhängig zu machen, »denn damit würde die C. C. B. gerade in den Fehler verfallen sein, vor dem die Italiener warnen, nämlich im zweiten Diebstahl nicht bloss das perseverare in crimine, sondern zugleich den ersten bestraften Diebstahl nochmals zu bestrafen« [2].

4) Die Behandlung des Familiendiebstahls. Nur die genaue Berücksichtigung der italienischen Jurisprudenz durch Schwarzenberg erklärt es, dass die C. C. B. Art. 191 zwar das Verfahren von Amtswegen, nicht aber die Möglichkeit der Bestrafung unbedingt ausschloss.

5) Die Anordnung der Straflosigkeit des im Nothstande (»in rechter hungers not«) begangenen Diebstahls (Art. 192).

6) Die Behandlung des Kirchendiebstahls (Art. 197—201), ist doch die im Art. 197 enthaltene Definition dieses Verbrechens nichts

1) Dies hatte s. Zeit Konopak im Archiv des C.-Rs. Bd. 5, St. 2, S. 119-136; Bd. 7, S. 145 ff., S. 268 ff. auszuführen versucht. S. Wächter, Lehrbuch II. S. 309 ff.

2) Bedeutsam ist in dieser Beziehung die Aeusserung des Layenspiegels auf Bl. 187 b: »Item würd aber ain dieb mit ainem diebstal begriffen, vnnd erfunden, das er ain merckliche hab, auch mermals gestolen het, das hiess ain offner verleümbter dieb«.

Anderes als eine wörtliche Uebersetzung eines Theils des von den Italienern oft citirten can. 21 C. 17 qu. 4. Schwarzenberg hat sich bei seinen Bestimmungen über den Kirchendiebstahl fast ausschliesslich an das canonische Recht[1] gehalten, augenscheinlich im vollen Bewusstsein der Opposition, in die er dadurch zu dem jus civile gerieth[2]. Zu einer Concession an dieses letztere liess er sich nur bei der Vorschrift (Art. 199) herbei, dass die Entwendung aus einem auf profanem Boden befindlichen Opferstocke als ein weltlicher Diebstahl angesehen und bestraft werden solle[3].

Von dem Satze der italienischen Doktrin, dass das sacrilegium extra ordinem zu bestrafen sei, hat Schwarzenberg den weitesten Gebrauch gemacht[4]: er glaubte sich durch denselben beim Kirchendiebstahl zur Aufstellung einer eigenthümlichen, seinem eigenen System angepassten Strafscala berechtigt, so sehr, dass er dabei die weitere Bestimmung der fremden Wissenschaft, wornach die poena extraordinaria immer eine poena capitalis sein sollte, ganz vernachlässigte. Uebrigens berichten die italienischen Juristen[5] dieselbe Abweichung auch von der italienischen Praxis.

Zwischen den Sacrilegiumsstrafen der Italiener und den auf den Kirchendiebstahl bezüglichen Strafsatzungen der C. C. B. bestehen daher immerhin nicht unerhebliche Differenzen[6]; darin aber kommen

1) Cf. c. 4. 5. 18 C. 17 qu. 4. c. 7 X. de R. J.

2) Auf dem Standpunkt des jus civile steht auch der Klagspiegel, der auf Bl. 181 b bemerkt: »Wo aber nit geweicht von gweichtem oder geweichts von vngweichtem genomen wirt ist nit sacrilegium wann wo eins hab aus einer kirchen gnomen wirt hat stat die klag von diebstal«.

3) Angesichts dieser Thatsache dürfte denn die Behauptung von Hälschner (Geschichte S. 91 Anm. 15), dass das canonische Recht, wo dasselbe in der C.C.B. hervortrete, seinen Einfluss nicht erst durch Schwarzenberg gewonnen, und dass letzterer überhaupt nicht gewusst habe, was ihm aus dem kirchlichen Rechte zufliesse, zum mindesten als zu weit gehend bezeichnet werden. Allerdings gebe ich zu, dass Schwarzenberg das canonische Recht nicht wie das römische als eine Quelle des gemeinen Rechts betrachtete, aber nicht, weil er die spezifisch kirchlichen Bestimmungen als solche verkannte, sondern weil das canonische Recht einen Theil der von ihm unbedingt geachteten italienischen Jurisprudenz bildete und desshalb für ihn keine selbständige Bedeutung hatte.

4) Ebenderselbe Satz gab den Redaktoren des Nürnberger Entwurfs die Möglichkeit, die von der C. C. B. aufgestellten Sacrilegiumsstrafen der freiern religiösen Zeitströmung entsprechend zu mildern. S. Güterbock S. 264 und 265.

5) Cf. Julius Clarus l. cit. n. 3.

6) So hat Schwarzenberg die Strafe des Diebstahls aus einem locus sacer privatus (des Quasi-Sacrilegium) — sie soll nach den Italienern milder als die des sacrilegium und härter als die des furtum sein — übertragen auf den am

beide überein, dass die Strafe des Kirchendiebstahls immer nur unter genauer Berücksichtigung der Person des Diebes und der verschiedenen Thatumstände festgesetzt werden dürfe. Vergl. die C. C. B. Art. 201.

VI. Die Fälschungsverbrechen[1]. Die Behandlung der Fälschungsverbrechen war bei den Italienern[2] deshalb eine unglückliche und verfehlte, weil ihnen das Verständniss für das Verhältniss des Stellionats zum falsum gänzlich abging. Geschichtlich betrachtet eine Art von Ergänzung zum falsum, erweist sich der Stellionat nach seiner dogmatischen Gestalt als eine selbständige Verbrechensspecies mit einem eigenthümlichen, von dem der meisten falsa durchaus abweichenden Thatbestande. Durch eine übrigens sehr begreifliche Verkennung des historischen Verhältnisses kamen die italienischen Juristen dazu, den Stellionat begrifflich als ein Supplement zum falsum aufzufassen und so die Kategorie der falsa zu der allgemeineren Verbrechenskategorie der auf die Täuschung gerichteten Wahrheitsentstellungen zu erweitern[3]. Einen willkommenen Anhaltspunkt für die Bildung eines so umfassenden Begriffes fanden sie in einer harmlosen Aeusserung der Novella 73 praef.: Nihil aliud est falsitas, nisi veritatis imitatio. Der erste Jurist, der diese Worte (in Verbindung mit denen der l. 23 D. ad leg. Cornel. de fals.) zur Aufstellung eines criminalistischen Thatbestandes im angegebenen Sinne benutzte, war Azo[4]; ihm folgten Albertus Gandinus[5] und mit einer Erweiterung Albericus de Rosciate[6], während Andere, unter ihnen Bartolus[7] und Angelus Aretinus[8], denselben mehr nur als vulgären gelten liessen und der dolosa veritatis mutatio (dem falsum large) sowie der nicht dolosen falsitas (dem falsum

Tage ausgeführten, ungefährlichen Diebstahl an geringeren geweihten Dingen und weltlichen, aber in einer Kirche geborgenen Gütern. S. Art. 200.

1) S. für das Folgende Merkel, die Lehre vom strafbaren Betrug, in dessen Kriminalistischen Abhandlungen II. 1867 S. 19 ff. und Hälschner, System Bd. II. 343—44.

2) Cf. Jacobus de Bellovisu l. I. c. VIII. (falsarium). Albertus Gandinus R. de falsariis. Bartolus Comment. im Tit. D. ad leg. Cornel. de falsis. Bonifacius de Vitalinis R. de falsis. Angelus Aretinus Gl. falsario (dazu Augustinus). Aegidius Bossius Tit. de falsis. Julius Clarus § falsum.

3) So Merkel a. a. O. S. 19.

4) Summa ad Cod. lib. IX. Tit. ad leg. Cornel. de fals. n. 1, 2, 3.

5) L. cit. n. 1 u. 23.

6) Comment. zum citirten Pandektentitel.

7) Lect. in l. 23 D. ad leg. Cornel. de falsis.

8) L. cit. n. 2.

largissime) das falsum der lex Cornelia als falsum im engsten und eigentlichen Sinne (falsum stricte) gegenüberstellten.

Als die Voraussetzung der Strafe des falsum betrachtete man [1]) von Anfang an ein praejudicium alterius bez. die Möglichkeit eines solchen. Noch bei Angelus Aretinus dem Begriffe des neuen crimen falsi fremd, wurde dieses Moment bald in die Definition desselben aufgenommen und dadurch »das Geschöpf der Doktrin mit Konsistenz und eigener Lebenskraft begabt«. Fortan bildete die dolosa veritatis immutatio in damnum alterius factum einen selbständigen Thatbestand und die Grundlage, auf der man die Theorie des crimen falsi aufbaute [2]).

Die C. C. B. hat den schrankenlosen, juristisch unbrauchbaren Begriff des falsum, den die italienische Jurisprudenz in der angegebenen Weise ausbildete, nicht aufgenommen; dies zu thun und damit das, was das deutsche Recht bereits vor der C. C. B. zur Unterscheidung der Fälschung und des Betrugs entschieden geleistet hatte [3]), wieder verloren gehen zu lassen, war der Doktrin des 16. und 17. Jahrhunderts vorbehalten. Vielmehr schliesst sich die C. C. B. in den Art. 136—40 vorwiegend dem einheimischen Rechte an, was dem richtigen Blicke Schwarzenbergs um so grössere Ehre macht, als die der Summa des Azo entnommene Darstellung des Klagspiegels (Tit. Von falscherey in gemeyn Bl. 178a—179b) sehr geeignet war, ihn den Irrweg betreten zu lassen, den die spätere deutsche Doktrin in bedauerlicher Weise gegangen ist.

Freilich weiss auch Schwarzenberg die Fälschung und den Betrug noch nicht scharf auseinander zu halten, denn er bezeichnet im Art. 138 die Waarenveränderung nicht nur ausdrücklich als Fälschung, sondern behandelt sie insofern auch als solche, als er zur Vollendung nur das Gebrauchen oder für ächt Ausgeben der gefälschten Waare, nicht die Benachtheiligung eines Anderen erfordert. Thatsächlich ist er indessen

1) Cf. Albertus Gandinus l. cit. n. 21. Angelus Aretinus l. cit. n. 3. Julius Clarus l. cit. n. 35.

2) S. Merkel a. a. O. S. 21.

3) Das deutsche Recht vor der C.C.B. unterscheidet allerdings mit schwankender Grenzbestimmung zwei Klassen von Fälschungen, solche, bei denen der Gesichtspunkt der verletzten publica fides entscheidend ist, und solche, die nur eine betrügliche Vermögensbeschädigung enthalten. Die Fälschung von Maass, Waage und Gewicht wird rücksichtlich der Strafe bald zur einen, bald zur anderen Kategorie gerechnet. S. Hälschner a. a. O. S. 342. S. auch Osenbrüggen Alam. Strafrecht S. 328 und Köstlin, Abhandlungen S. 128 ff.

der Betrugsnatur der Waarenveränderung in der Weise gerecht geworden, dass er sie regelmässig nur mit einer Strafe zu Haut und Haar bedrohte[1].

Einen Einfluss der italienischen Jurisprudenz verräth von den Fälschungsverbrechen der C. C. B. nur

1) die Münzfälschung (Art. 136). Die italienischen Juristen[2] forderten zum Begriffe der Münze drei Dinge: Tria requiruntur in moneta: Forma, materia, pondus, und unterschieden dem entsprechend drei Münzdelikte[3]:

a) Das unbefugte Anfertigen guten Münzgeldes unter Nachahmung eines öffentlichen Gepräges;
b) die in gleicher Weise geschehene Anfertigung von Münzen schlechten Gehaltes;
c) das Verändern ächter Münzen durch Verminderung des Gehaltes[4].

Das Nachmachen kaiserlicher Münzen in der sub a) und b) angegebenen Weise bedrohten sie mit dem Feuertode, die Fälschung der moneta civitatis mit einer poena capitalis, die aber nach der Auslegung der Meisten lediglich in der Deportation bestehen sollte[5]. Auf der

1) S. Köstlin a. a. O. S. 137 u. Hälschner a. a. O. S. 343.

2) Cf. Azo, Summa ad Cod. lib. IX. Tit. de falsa moneta. Jacobus de Bellovisu l. I. c. VIII. n. 13 ff. u. besonders n. 20 ff. Bonifacius de Vitalinis R. de poena falsantis monetam. Aegidius Bossius Tit. de falsa moneta. Julius Clarus § falsum n. 37 ff.

3) Als viertes Münzdelikt kommt hinzu das auch vor der C. C. C. Art. 111 erwähnte expendere falsam monetam. Ueber dessen Bestrafung s. Bartolus lect. ad l. 9 D. ad legem Cornel. de fals., Aegidius Bossius l. cit. n. 2 und Julius Clarus l. cit. n. 38.

4) Cf. Julius Clarus l. cit. n. 37: Et scias, quod multis modis potest quis falsum committere circa monetam. Primo, fabricando falsam monetam. Secundo, adulterando. Tertio, diminuendo.

Die zur Zeit Schwarzenbergs vielgebrauchte Summa Angelica des Angelus de Clavasio (Ausgabe: Strassburg. Mart. Flach 1495 fol.) sagt ad vocem falsarius n. 5: Quot modis falsatur moneta? Tribus modis, secundum quod communiter dicunt doctores. Primo in forma, s. quando imponitur signum illius, qui eam cudi non facit. Secundo ex materia metallica, s. quando fit de ere vel de stanno vel non de debita liga, vel cum talis materia immiscetur, ubi non debet. Tertio ex pondere, nam ista tria requiruntur de substantia monetae. Die grosse Aehnlichkeit dieser Stelle mit dem Art. 136 der C. C. B. liess eine Bekanntschaft Schwarzenbergs mit der Summa Angelica vermuthen. Allein diese Vermuthung hat sich mir nicht bestätigt. Ueber die Summa Angelica vergl. Stintzing, Geschichte der populären Literatur S. 536 ff.

5) Cf. Julius Clarus l. cit. n. 37: Falsificans autem monetam imperatoris punitur poena ignis. Falsificans monetam civitatis punitur poena capitali. Illa tamen poena capitalis non est intelligenda de poena mortis, sed deportationis. Vergl. auch den Klagspiegel Tit. de falsa moneta Bl. 179b.

Verminderung des Gehaltes von Goldmünzen stand die Todesstrafe, wogegen die Verschlechterung anderer Geldstücke milder geahndet wurde[1]. Unter den zahlreichen singulären Bestimmungen, die das crimen falsae monetae begleiten, wird hervorgehoben die Confiscation des Hauses, in dem die Falschmünzerei geschah[2].

2) Das Verbrechen »der procurator, so jren partheyen zu nachteyl geuerdlicher williger weyss vnd dem widerteyl zu gut handeln« (die sog. Prävarication im uneigentlichen Sinne)[3]. Der Einfluss der fremden Wissenschaft zeigt sich bei diesem Delikte weniger in der Behandlung[4] als in der Stellung, die es von den Verfassern der C. C. B. erhalten hat. Es hat seinen Platz unmittelbar hinter den Fälschungsverbrechen. Bereits die italienischen Juristen betrachteten die praevaricatio impropria als ein der Fälschung ähnliches Delikt, das sehr leicht ganz in das crimen falsi übergehen könne. Die Begutachtung eines Rechtsfalles gab Bartolus Gelegenheit, das Verhältniss des falsum und der praevaricatio impropria näher zu beleuchten[5]. Es handelte sich dabei um die Bestrafung eines florentinischen Advocaten, der, obgleich von der Partei für die Führung eines Processes bereits honorirt, diese im Stiche gelassen und unter Preisgebung ihrer Geheimnisse die Sache der Gegenpartei übernommen hatte. Bartolus entschied sich dahin, dass

1) S. den Klagspiegel a. a. O.: »Welicher aber gülden pfennig schabt oder sunst in ein andern wege daruon nymbt der sol sterben. wern sy aber nit gülden vileicht sol er also schwere peen nit leiden«.

2) Ueber die Voraussetzungen der Confiscation s. schon den Klagspiegel a. a. O. Bl. 179c.

3) Art. 140. Ob sich dieser Artikel schon in der im Jahre 1500 von Hans Pfeyll (in fol.) gedruckten bambergischen Procuratorenordnung befindet, weiss ich nicht zu sagen, da mir fraglicher Druck nicht zu Gesicht gekommen ist. Ich verdanke die Kunde von dem Vorhandensein einer solchen Procuratorenordnung einer gütigen Mittheilung von Herrn Prof. Gengler in Erlangen. Von den Beamten der kgl. Bibliothek und des Kreisarchives zu Bamberg wurde die Existenz derselben in Abrede gestellt. —

4) Indessen ist auch die Behandlung der Prävarication im uneigentlichen Sinne bei den Italienern und in der C.C.B. insofern dieselbe, als beide sich mit einer extraordinären Bestrafung begnügen. Auffallend ist, dass die Wormser Reformation Bch. 6, Th. 1, Tit. 5 von einer peinlichen Bestrafung der Prävarication absieht. Sie sagt: »Wan sich auch erfünde das aduocat. redner. procurator oder anwalt wissentlich vnd vffsetzlich etwas betrügliches vnderstunde fürzunemen. handelte thette oder fürbrechte arglistiglich daruss syner parthy mercklicher schade abbruch oder nachteil entstanden were oder zusteen vnd sölicher betrug schaden oder verlust bewyst würde. derselb aduocat, procurator redner oder anwalt soll schuldig syn der Parthy kosten scheden vnd Interesse vff rechtlich ermessigung naher zuthun vnd ablegen«.

5) In der lect. zu l. 1 D. de praevaricatoribus 47, 15.

derselbe als Fälscher, nicht als praevaricator zu bestrafen sei, und diese Entscheidung fand allgemeinen Beifall [1].

Wir haben im Vorigen versucht, eine Uebersicht über den Rechtsstoff zu geben, den Schwarzenberg bei Abfassung des materiell-rechtlichen Theiles seines Gesetzbuches den Werken der italienischen Juristen entnommen hat. Wie unvollständig diese Uebersicht auch sein mag, so viel wird durch sie gewiss, dass die italienische Jurisprudenz für den strafrechtlichen Abschnitt der C. C. B. ähnlich wie für den processualen die wichtigste Quelle bildet und dass deren Kenntniss für ein richtiges Verständniss des einen so gut wie des anderen in erster Linie erforderlich ist. Man wird dieser Behauptung um so unbedenklicher beitreten, wenn man sich ins Gedächtniss zurückruft, was wir früher nachgewiesen haben, nämlich, dass Schwarzenberg mit seinen Bestimmungen über die formelle Zurechnung, über die Theilnahme am Verbrechen und die Nothwehr u. s. w. durchaus auf dem Boden der italienischen Doktrin steht [2]. Wohl ist in dem strafrechtlichen Theile der C. C. B. das einheimische Recht in ungleich höherem Maasse zur Geltung gekommen als im processualen, aber das im Grunde doch immer nur da, wo es mit dem Rechte der italienischen Jurisprudenz nicht im Widerspruch stand oder wo es, wenn auch in der juristischen Betrachtungsweise divergirend, doch wenigstens im praktischen Resultate mit diesem zusammenging [3].

Was Schwarzenberg von dem einheimischen Strafrechte in sein Gesetzbuch aufnahm und dadurch fortbestehen liess, waren, um mich

1) Cf. Angelus Aretinus Gl. falsario n. 8 u. 49: Sis etiam cautus tu advocate, quod si tu recipis salarium ab una parte, vel etiam pars ipsa revelavit jam secreta suae causae et postea promisisti patrocinium, si tu alteri parti revelas jura alterius partis et sua secreta, incidis in falsum. S. auch Aegidius Bossius Tit. de praevaricat. calumniat. et tergivers. n. 1 u. 5.

2) Dass er in diesen Materien Manches der Wormser Reformation und dem Klagspiegel entnommen hat, ändert Nichts; alles, was Schwarzenberg aus diesen beiden Arbeiten schöpfte, hatte er ja indirect der italienischen Jurisprudenz zu verdanken.

3) Ein frappantes Beispiel bietet unter Anderem der Art. 135, wo das ächt deutsche Verbrechen der Heeresflucht (herisliz) den Bestimmungen des römischen Rechts (l. 2 D. ad leg. Jul. majest.) über desertores und transfugae unterstellt wird. Merkwürdig ist auch der Art. 149, wo den deutschen Bestimmungen über die Verrätherei die Vorschrift der l. 5 § 7 C. ad legem Jul. majest. angehängt wird, dass derjenige, der an einer Verschwörung theilnehmend ihre Geheimnisse noch zeitig genug offenbare, straflos ausgehen solle. S. dazu Azo, Summa ad Cod. lib. IX. Tit. ad leg. Jul. majest. n. 5.

der Worte der salvatorischen Klausel zu bedienen, »alte wolherbrachte rechtmessige vnnd billiche gebreuche« — aber wohlhergebracht, rechtmässig und billig im Sinne der damaligen gelehrten Juristen, welche diese Prädikate allen einheimischen Gewohnheiten verweigerten, die sie mit dem fremden Rechte nicht in Einklang zu bringen vermochten[2]. Dieses Letztere hat der Verfasser der C. C. B. freilich besser verstanden, als irgend einer seiner gelehrten Fachgenossen; das eifrige Interesse, das er am Fortbestande des einheimischen Rechtes nahm, liess ihn in dieser Richtung nicht nur mit mehr Geschick, sondern auch mit grösserer Freiheit[2] operiren. Das ist der Grund, warum das deutsche Recht in der C. C. B. mehr Raum gefunden hat, als in einem beliebigen anderen Strafgesetze des 16. Jahrhunderts.

§ 17. Schlussbetrachtungen.

1) Wir haben im Verlaufe unserer Abhandlung folgende theils legislatorische, theils wissenschaftliche Arbeiten als Quellen der C. C. B. bezeichnet:

Das Bamberger Stadtrecht,
die Bambergische Landgerichtsordnung (v. 1503),
die Reichsgesetze,
die Nürnberger Reformation (v. 1479),
die Wormser Reformation (v. 1498),
den Klagspiegel,
die Schriften der italienischen Juristen.

Zwei bis jetzt allgemein angenommene Quellen, die Tiroliensis bez. die Radolphzeller H.-G.-O. und das Rechtsbuch Ruprechts von Freysing, glaubten wir als solche zurückweisen zu müssen. Keine der von uns aufgestellten Quellen kann darauf Anspruch machen, das Mutterrecht der C. C. B. in dem Sinne zu enthalten, wie wir dies von den Werken einiger italienischer Juristen in ihrem Verhältnisse zur

1) S. Stobbe, Rechtsquellen I, 2 S. 117.

2) So z. B. glaubt Schwarzenberg das einheimische Recht beibehalten zu dürfen, wenn er dessen Richtigkeit mit einer in der italienischen Wissenschaft geäusserten, aber in derselben ganz isolirt dastehenden Ansicht (opinio) belegen kann. Frappante Beispiele bieten C. C. B. Art. 80, wo deutsches Recht stehen blieb, weil es auch bei den Italienern eine Ansicht gab, nach welcher der Beklagte, der nach geführtem Zeugenbeweise läugnete, noch auf die Folter geworfen werden durfte, ut ore proprio delictum confiteretur (S. oben S. 225 Note 1), und Art. 146. S. oben S. 265 Note 4.

Wormser Reformation und dem Klagspiegel nachgewiesen haben. Schwarzenberg hat dieselben benutzt, in der umfassendsten Weise benutzt, dabei aber stets seine Selbständigkeit zu bewahren gewusst. Nie haben wir ihn über einem geistlosen Compiliren oder gar Copiren ertappt. Was er aus den Arbeiten Anderer heranzog, war immer nur der Gedanke, nie oder nur selten die Form, in der derselbe auftrat, ganz ebenso, wie er bei den Uebersetzungen lateinischer Classiker eine am Worte klebende Uebertragung verwarf und eine freie Wiedergabe des Sinnes anstrebte[1]. Die C. C. B. darf daher mit vollem Recht den Namen eines Originalwerkes beanspruchen[2].

2) Ueber das Rangverhältniss der genannten Quellen werden wir am besten klar, wenn wir einer jeden derselben diejenigen Artikel der C. C. B. gegenüberstellen, die nachgewiesenermassen ganz oder theilweise aus ihr geschöpft sind. Der Einfluss

des Bamberger Stadtrechts zeigt sich bei den Art. 18, 23, 57 (vergl. 59, 107), 98, 101, 102, 149, 151, 153, 163 (vergl. 181, 226), 207, 215 (vergl. 101, 102), 219, 229—43, 242 (vergl. 246, 270, 271), 268 (mit Ausnahme von Abs. 1, 2). Der

der Bambergischen Landgerichtsordnung bei den Art. 5, 7, 8, 78, 82, 163, 181, 182 (vergl. 176, 177, 241, 245), 226, 265, 276, 277. Der

der Reichsgesetze bei den Art. 47 und 127. Der

der Nürnberger Reformation bei dem Art. 268 Abs. 1, 2. Der

der Wormser Reformation bei den Art. 19, 20[3], 23, 29, 39, 58, 145, 165, 174, 183, 184, 190, 203. Der

des Klagspiegels bei den Art. 13, 17, 23, 28, 32, 38, 71, 79, 143, 155, 167 (Abs. 3, 4), 168, 172, 174, 204, 206.

Wollten wir die Rangordnung dieser sechs Quellen lediglich nach der Quantität des Rechtsstoffes bestimmen, der aus ihnen der C. C. B.

1) Herrmann, Joh. v. Schwarzenberg S. 48—54.

2) Auch der Plan, nach dem die C.C.B. gearbeitet wurde, ist dieser durchaus eigenthümlich. Dass ein solcher wirklich besteht, wenn er auch viel zu wünschen übrig lässt, zeigt Abegg (im Archiv des C.-Rs. 1835 S. 378 ff., S. 382 ff.). S. auch Hälschner, System Bd. II. S. 3. Ganz ungerecht ist in dieser Beziehung Allard Histoire p. 423. Die von diesem Schriftsteller ebenda gemachte Bemerkung: »Enfin cette ordonnance descend à des détails vraiment ridicules et indignes d'un législateur, qui s'adresse à des hommes intelligents« entbehrt jedes historischen Sinnes!

3) Die Art. 19 u. 20 haben ihren Vorgang gleichzeitig auch in der Praxis des bambergischen Hofgerichts (S. oben S. 37 ff.) und in der L.-G.-O. von 1503 Tit. 14 (S. oben S. 45).

zugeflossen ist, so müssten wir dem Bamberger Stadtrechte und der Bambergischen L.-G.-O. den ersten Platz anweisen, sehen wir aber auf die Qualität des Materials, das Schwarzenberg denselben entnehmen konnte und auch entnommen hat, so gebührt der Vortritt unbedingt der Wormser Reformation und dem Klagspiegel. Aber auch diese beiden Arbeiten sind verhältnissmässig von untergeordneter Bedeutung, da sie bloss das Mittelglied bei der Benutzung einer weitaus wichtigeren Quelle der C. C. B. bildeten [1]) — der italienischen Jurisprudenz.

Keine der einheimischen Rechtsquellen hat auf das Werk Schwarzenbergs auch nur annähernd einen so gewaltigen Einfluss gewonnen, wie die Werke der italienischen Juristen. Aus ihnen schöpfte die C.C.B. nicht nur das umfangreichste Material — jeder ihrer bedeutsameren Artikel liefert hierzu einen Beleg — sondern auch das wichtigste, denn alle diejenigen Bestimmungen, welche die C. C. B. zu einem epochemachenden Gesetzbuch gestempelt haben, verdanken ihre Entstehung einer geschickten und einsichtsvollen Verwerthung der bei den Italienern gefundenen Resultate [2]). Man darf unbedenklich wiederholen, was Rudolph Sohm schon vor etlichen Jahren aussprach: »Die Bambergensis war ein Lehrbuch des kaiserlichen Rechtes d. h. des italieninischen Strafprocesses und Strafrechts für die deutschen Schöffen« [3]),

1) Die Wormser Reformation und der Klagspiegel sind ja nur Uebersetzungen aus italienischen Juristen; alles, was Schwarzenberg jenen entnommen hat, verdankt er indirect diesen.

2) Man denke nur an den grundlegenden Art. 29, an die Vorschriften über das Folterverfahren, die Indizienlehre, an die Bestimmungen über Zurechnungsfähigkeit, Theilnahme, Versuch, Nothwehr, an die Behandlung der culpa u. s. w. Auch über den Zweck der Strafe hat die C.C.B. die gleichen Anschauungen wie die Italiener. Vergl. die Art. 130 (»zu merer forcht andern«), 131, 137 (»vmb grösser forcht willen«) mit Albertus Gandinus R. utrum poena possit augeri. Bei allen allgemein-rechtlichen Bestimmungen sind die Italiener die Führer Schwarzenbergs gewesen. Wenn Hälschner in seiner Geschichte S. 91 dies für die Grundsätze über die Zurechnung verneint, indem er behauptet, die Italiener bewegten sich hier in einem todten Formalismus und einer Masse geistloser Distinctionen, so ist diese Aeusserung mit den Ausführungen seines Systems Bd. I. nicht wohl zu vereinen, da dort jene Grundsätze alle auf die Schriften der italienischen Juristen zurückgeführt werden.

3) In Grünhuts Zeitschrift für öffentl. u. Privatrecht. Bd. 1. 1874. S. 262, 263. Der Lehrbuch-Charakter der C.C.B. zeigt sich in dem fortwährenden Verweisen auf den Rath der Rechtsverständigen und geht besonders deutlich aus der Vorrede hervor, wo gesagt wird, dass die Halsgerichte in Bamberg »nit anders dann mit gemeinen personen, die der recht nicht gelernet oder geübt«, besetzt seien und dass daher die C. C. B. nach Inhalt und Form (Illustrationen!) bestimmt sei, »derselben leüt vnbegreifflikeit zu hilff zu kommen«. Im Laufe der verschiedenen Redactionsperioden der C. C. C. ist aber diese Anschauung mehr und mehr

und man darf diesen Satz um so mehr betonen, als ihm entgegen noch vor Kurzem ein hervorragender Forscher die Carolina (und damit auch die Bambergensis) »ein Erzeugniss nationaldeutschen Geistes« genannt hat[1]). Allerdings hat die C. C. B. mehr als irgend eine andere Codification ihrer und der folgenden Zeit deutsches Recht in sich aufgenommen und dadurch in seiner Existenz gesichert — insofern hätte sie am allermeisten Anspruch auf den Namen eines »nationaldeutschen Erzeugnisses« — aber das System des (formellen und materiellen) Strafrechtes, das die C.C.B. vorträgt, ist nicht durch das einheimische Recht gegeben, sondern durch das Recht der italienischen Jurisprudenz[2]), aus welchem dasselbe nach dem oft und eindringlich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers auch erklärt und ergänzt werden soll[3]).

3) Eben dieses Resultat führt uns noch kurz zurück zu der am Anfange unserer Abhandlung berührten Frage: Welches war das Verhältniss Schwarzenbergs zu seinen Mitarbeitern? Wir suchten dort (S. 10) die Ansicht derjenigen zu widerlegen, die diesen Mitarbeitern einen so grossen Antheil an der Abfassung der C. C. B. zuschreiben, dass für Schwarzenberg nur noch die bescheidene Rolle eines Redaktors übrig bleibt. Den wirklichen Verdiensten derselben wollten wir dabei in keiner Weise Abbruch thun. Wie hochwichtig die Thätigkeit der Rathgeber und Gehülfen Schwarzenbergs gewesen, ergebe sich, sagten wir, am besten aus dem später zu erbringenden Nachweise, dass dieser für seine Arbeit die Werke der italienischen Juristen in umfassender Weise benutzt habe. Dieser Nachweis ist im Vorigen geführt worden. Auf Grund desselben können wir jetzt sagen: Obwohl Schwarzenberg vermöge einer mehrjährigen Praxis in einem gelehrten Gerichte und vermöge des Studiums populärer Werke im kaiserlichen Rechte sicherlich

zurückgetreten. In ihrer letzten Gestalt will die P.-G.-O. jedenfalls keineswegs nur ein Lehrbuch für die ungebildeten Richter und Schöffen, sondern ein gemeines Reichsgesetz sein und als solches gelten. Darüber sind jetzt die Akten geschlossen! S. Güterbock, Entstehungsgeschichte der C.C.C. S. 194 ff. S. 254 ff.

1) Güterbock a. a. O. S. 268. Die C. C. C. verdient diese Benennung noch viel weniger als die C. C. B., da sie sich, wie wir selbst sahen, viel entschiedener auf den Boden des kaiserlichen Rechts stellt als die letztere. Dass dieser Erscheinung eine systematische Opposition romanistisch geschulter Juristen gegen die C. C. B. nicht zu Grunde liegt, hat Güterbock S. 256 gezeigt.

2) S. Sohm a. a. O. S. 263.

3) Das ist ja der Sinn des fortwährenden Verweisens auf den Rath der Rechtsverständigen.

kein Laie mehr war, so sind doch die Rechtsverständigen, durch deren Rath die C. C. B. nach den Worten des Vorredners zu den Offizien »zusammengebracht« worden ist, diejenigen gewesen, die ihm durch ihre ausgebreiteten, oft staunenswerthen Kenntnisse in der italienischen Literatur die Hauptquelle seines Gesetzbuches erschlossen und eine wahrhaft erspriessliche Benutzung derselben ermöglicht haben.

Mehr haben sie unserer Ansicht nach nicht gethan! Wenigstens weist die feine Wahl, mit der der fremde Rechtsstoff in der C. C. B. verwerthet, und die legislatorische Kunst, durch die derselbe mit dem einheimischen Rechte, so heterogen auch beide sein mochten, in Verbindung gebracht wurde, endlich das in unserer H.-G.-O. oft und deutlich hervortretende Bestreben, dem deutschen Rechte wo immer möglich seine Geltung zu erhalten, entschieden auf einen Verfasser hin, der kein gelehrter Jurist, sondern ein Mann war, welcher neben einer hohen Achtung für das überlegene römische Recht Sinn und Liebe für das einheimische Recht und einen offenen Blick für dessen Vorzüge bewahrt hatte. Wir sind nach wie vor überzeugt, dass dieser Mann Schwarzenberg gewesen ist.

Staatl. Bibliothek Bamberg

Quellenregister.

Verzeichniss der theils ausführlicher, theils beiläufig besprochenen Artikel der C. C. B. und C. C. C.

I. Die Bambergensis.

Art. 5 S. 48.
» 7 S. 48.
» 8 S. 48.
» 10 S. 30 n. 3. S. 34. 81. 156. 218. 220.
» 11 S. 218.
» 12 S. 218.
» 13 S. 152. 153. 204. 218.
» 14 S. 218. 233.
» 15 S. 218.
» 16 S. 218.
» 17 S. 130. 204. 220.
» 18 S. 31. 154.
» 19 S. 39. 40. 154. 289 n. 3.
» 20 S. 39. 40. 154. 289 n. 3.
» 21 S. 56. 154.
» 22 S. 154.
» 23 S. 25. 26. 83. 112. 136. 156. 159. 161. 162. 164. 204. 223.
» 26 S. 226.
» 28 S. 168. 204. 233.
» 29 S. 29. 30. 110 n. 3. S. 136. 153. 162. 222. 223. 225. 226. 290 n. 2.
» 30 S. 113. 233 n. 1.
» 34 S. 113. 230.
» 35 S. 230.
» 36 S. 230.
» 37 S. 113. 230.
» 38 S. 169. 171. 204. 230. 234.
» 39 S. 114. 136. 230. 231.
» 40 S. 231.
» 41 S. 116. 117. 231.
» 42 S. 116. 117. 231.
» 44 S. 231.
» 45 S. 231.
» 46 S. 232.
» 47 S. 50. 51. 231.
» 48 S. 128 n. 1 u. 3. S. 231.
Art. 50 S. 231.
» 52 S. 113. 232.
» 54 S. 232.
» 57 S. 31. 82. 233.
» 58 S. 31. 119. 136.
» 59 S. 82.
» 60 S. 83. 235. 236.
» 61 S. 83. 128. n. 2. S. 235.
» 62 S. 83. 235.
» 63 S. 83. 235.
» 64 S. 83. 235.
» 65 S. 83. 236.
» 66 S. 83. 236.
» 67 S. 83.
» 69 S. 166. 234.
» 70 S. 166. 168.
» 71 S. 166. 204. 234.
» 75 S. 222.
» 76 S. 138. 153.
» 77 S. 153.
» 78 S. 45 n. 2. S. 153. 222.
» 79 S. 38. 165 n. 3. 196. 204.
» 80 S. 162. 164. 223. 225. 288 n. 2.
» 81 S. 34. 222.
» 82 S. 48.
» 98 S. 23.
» 101 S. 30. 31.
» 102 S. 30. 31. 217.
» 103 S. 217.
» 107 S. 31. 66. 84.
» 125 S. 206. 241.
» 126 S. 201 n. 2. S. 242.
» 127 S. 51. 67. 207 n. 1.
» 128 S. 38. 91. 128 n. 2.
» 129 S. 91. 207 n. 1.
» 134 S. 23 n. 2 S. 256. 257.
» 135 S. 287 n. 3.
» 136 S. 22 n. 5. S. 285.
» 137 S. 284. 290 n. 2.

Art. 138 S. 284.
» 139 S. 284.
» 140 S. 286.
» 141 S. 269.
» 142 S. 207 n. 1. S. 267. 268.
» 143 S. 94. 197. 198 n. 1. S. 201 n. 4. S. 204. 207 n. 1. S. 260.
» 144 S. 259.
» 145 S. 132. 136. 207 n. 1. S. 261 n. 2. S. 267 n. 1. S. 263.
» 146 S. 207 n. 1. S. 265 n. 4. S. 288 n. 2.
» 147 S. 197. 271. 272 n. 2.
» 148 S. 272.
» 149 S. 22. 92. 287 n. 3.
» 150 S. 22 n. 5. S. 207 n. 1. S. 242 n. 4.
» 151 S. 22 n. 8. S. 242 n. 4.
» 152 S. 23. 68. 128 n. 2. S. 131. 145 n. 3.
» 153 S. 23.
» 154 S. 50.
» 155 S. 187—88. 204. 254.
» 156 S. 90 n. 4. S. 93. 251 n 2.
» 157 S. 252.
» 158 S. 252. 254.
» 159 S. 248. 253 n. 5.
» 160 S. 22. 194. 207 n. 1.
» 161 S. 248. 254.
» 162 S. 20. 249 n. 4.
» 163 S. 19. 31. 47. 249 n. 4.
» 164 S. 128 n. 2. S. 182. 184. 191 n. 1. S. 201 n. 3.
» 165 S. 24. 121. 136. 138. 179 n. 2. S. 180—84. 201 n. 3.
» 167 S. 24. 178. 179. 181 n. 2. S. 182. 184—85. 204.
» 168 S. 179. 183. 204.
» 169 S. 185.
» 170 S. 184.
» 171 S. 36. 184.
» 172 S. 69. 159 n. 2. S. 173. 204. 248. 249 n. 4.
» 173 S. 139—40.
» 174 S. 128 n. 2. S. 135. 136. 141—42. 204. 249 n. 4. S. 253.
» 175 S. 182. 183. 250.
» 176 S. 28 n. 3. S. 45.
» 177 S. 28 n. 3. S. 45. 177.
» 181 S. 31. 36. 37. 46 n. 4. S. 47.
» 182 S. 28 n. 3. S. 46. 47.
» 183 S. 99. 130. 133. 136. 280.
» 184 S. 72. 133. 136. 280.
Art. 185 S. 90.
» 186 S. 95 ff.
» 187 S. 281.
» 188 S. 281.
» 190 S. 71. 89. 121. 136.
» 191 S. 281.
» 192 S. 281.
» 196 S. 94. 279.
» 197 S. 281.
» 198 S. 23.
» 199 S. 282.
» 200 S. 282 n. 6.
» 201 S. 283.
» 202 S. 202. 203 n. 4.
» 203 S. 25. 126—28. 129. 136.
» 204 S. 173. 176. 204.
» 205 S. 121.
» 206 S. 202. 204.
» 207 S. 31. 73.
» 208 S. 31.
» 209 S. 31.
» 215 S. 30. 217.
» 219 S. 31.
» 226 S. 31. 36. 47.
» 229 S. 27.
» 230 S. 27. 220.
» 231 S. 27.
» 232 S. 27.
» 233 S. 27.
» 234 S. 27.
» 235 S. 27.
» 236 S. 27.
» 237 S. 27.
» 238 S. 27.
» 239 S. 27.
» 240 S. 27.
» 241 S. 27. 40 n. 3.
» 242 S. 27. 31. 45.
» 243 S. 27.
» 244 S. 46.
» 245 S. 46.
» 246 S. 31.
» 250 S. 249 n. 4.
» 265 S. 48. 155.
» 266 S. 22 n. 3. S. 155.
» 267 S. 63.
» 268 S. 31. 63.
» 269 S. 63. 72. 79 n. 3.
» 270 S. 31. 63.
» 271 S. 31.
» 272 S. 89.
» 273 S. 163. 225.

Art. 276 S. 43.
277 S. 43.

II. Die Carolina.

Art. 6 S. 218. 220 n. 2.
» 7 S. 220 n. 2.
» 8 S. 233.
» 12 S. 39.
» 16 S. 112. 156. 160.
» 21 S. 220 n. 3.
» 49 S. 128 n. 2.
» 57 S. 168 n. 3.
» 58 S. 234 n. 3.
» 66 S. 138 n. 3.
» 68 S. 38.
» 69 S. 225.
» 93 S. 66.
» 104 S. 182 n. 1.
» 105 S. 182 n. 1. S. 201 n. 2.
» 107 S. 38.
Art. 110 S. 257 n. 3.
» 111 S. 285 n. 3.
» 117 S. 268. 269.
» 118 S. 198 n. 1. S. 201 n. 4.
» 120 S. 263. 264 n. 1.
» 121 S. 266.
» 122 S. 272.
» 123 S. 272.
» 128 S. 22 n. 1.
» 129 S. 50.
» 132 S. 253.
» 135 S. 22. 194 n. 3. S. 196.
» 148 S. 191 n. 1. S. 135. 137.
» 150 S. 182 n. 1. S. 264 n. 1.
» 172 S. 279 n. 2.
» 176 S. 203.
» 177 S. 129 n. 4.
» 215 S. 256.
» 216 S. 256.
» 218 S. 21. 196 n. 1.

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

SBB013401973501

Austr.

CASPAR LESS
BAMBERG

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Brunnenmeister, Emil,

Die Quellen der Bambergensis ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts

Leipzig 1879

Bamberg, Staatsbibliothek -- RB.H.jur.o.14
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11768918-8